



pract.

Gönners

92

- 2,3

<36622416080015

<36622416080015

Bayer. Staatsbibliothek



E n t w u r f
eines
G e s e t z b u c h e s
über
das gerichtliche Verfahren
in
bürgerlichen Rechtssachen.

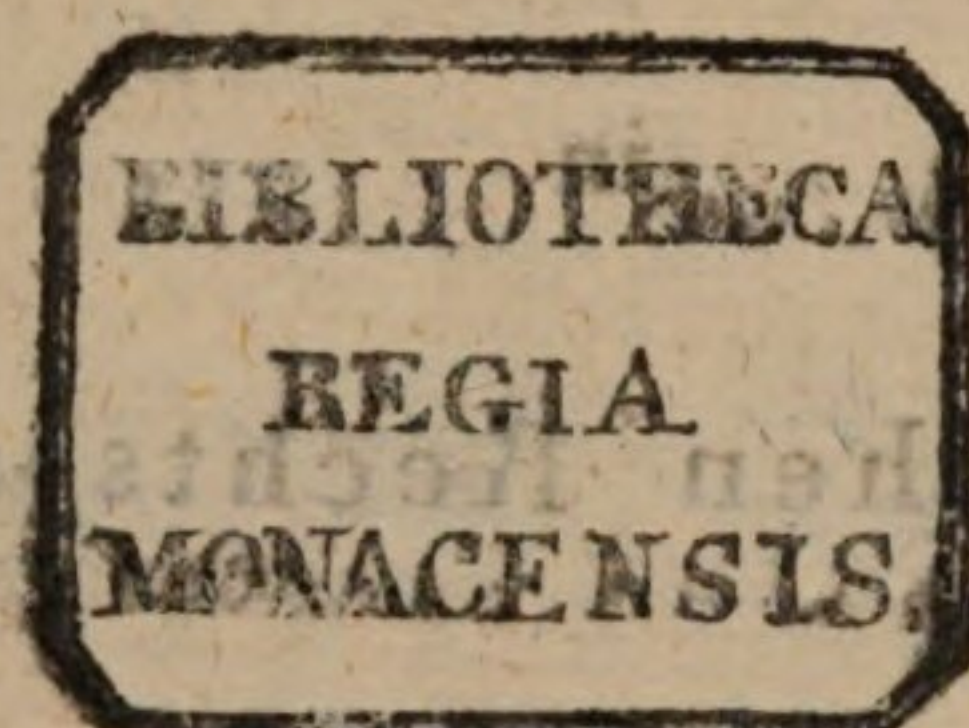
Von

Dr. Nicolaus Thaddäus von Gönner,
Ritter des königl. baier. Civilverdienstordens, königlich
baierischem geheimen Justizreferendar, und Mitglied der
beständigen Gesetzkommission in München.

Zweiter Band, Motive.
Dritte und letzte Abtheilung.

Erlangen, 1817.
In der Palm'schen Verlagshandlung.

Erst
Gestzuch
über
das gerichtliche Verfahren



Von
Dr. Nicolaus Thibaut von Göttingen,
Mitglied des Königl. bayer. Civilverordnungsamtes, Königlich
bayerischen Geheimen Justizrathes, und Mitglied der
beständigen Gesetzkommission in München.

Zweiter Band, Motive.
Dritter und letzter Theil.

Erstausg. 1817.
In der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

I n h a l t

des zweiten Bandes dritter Abtheilung.

Drittes Buch. Von den summarischen Prozessen.

Kap. I. Vom summarischen Verfahren überhaupt.

§. 1. Wann ein summarischer Prozess eintrete?

§. 2. Allgemeine Bestimmungen.

§. 3. 1) In geringfügigen Sachen.

§. 4. 2) In Sachen, welche bei den Untergerichten verhandelt werden.

§. 5. 3) Bei Ehestreitigkeiten.

§. 6. 4) In Bau- und Gränzsachen.

§. 7. 5) In Defraudations- Confiskations- Polizey - Strafsachen.

§. 8. Vom Berichtsprozesse.

Kap. II. Vom Verfahren in Besitzstreitigkeiten.

§. 1. Von Besitzstreitigkeiten überhaupt.

§. 2. Allgemeine Bestimmungen.

§. 3. Klage wegen Störungen des Inhabens oder Besitzes.

§. 4. Klage wegen Entsetzung aus dem Inhaben oder Besitze.

§. 5. Verfahren bei dem zweifelhaften Besitze.

Kap. III. Von provisorischen Verfügungen und Sequestrationen.

§. 1. Wann ein Provisorium statt finde.

§. 2. Was dabei zu beobachten ist.

§. 3. Verfahren bei provisorischen Verfügungen.

1) Anfang desselben, Imploration.

§. 4. 2) Verfügung auf dieses Gesuch.

§. 5. 3) Handlung des Impetraten.

§. 6. 4) Weiteres Verfahren.

§. 7. Wirkungen der provisorischen Verfügungen.

§. 8. Insonderheit von Sequestrationen.

Kap. IV. Vom Arrestprozesse.

§. 1. Wann ein Arrest statt finde.

§. 2. Gegenstand des Arrestes.

§. 3. Wer kann den Arrest erkennen.

§. 4. Wie der Arrest vollstreckt werde.

§. 5. Verfahren bei dem Arreste. 1) Arrestgesuch.

§. 6. 2) Richterliche Verfügung auf das Arrestgesuch.

§. 7. 3) Termin zur Justifikation des Arrestes.

§. 8. 4) Wirkung des Arrestes zur Begründung eines besondern Gerichtsstands.

Kap. V. Vom Wechselprozesse.

- §. 1. Allgemeine Bestimmungen.
- §. 2. Wann der Wechselprozeß statt findet.
- §. 3. Von der Wechselklage.
- §. 4. Verfügung auf die Klage.
- §. 5. Kontumazialverfahren.
- §. 6. Verhandlungen in dem Termin.
- §. 7. Urtheil.
- §. 8. Rechtsmittel gegen das Urtheil.
- §. 9. Vollstreckung des Urtheils.

Kap. VI. Vom Exekutivprozesse.

- §. 1. In welchen Fällen der Exekutivprozeß statt finde.
- §. 2. Exekutivklage.
- §. 3. Mittheilung der Klage und Contumazialverfahren.
- §. 4. Antwort des Beklagten.
- §. 5. Richterliche Verfügung auf die Antwort.
- §. 6. Urtheil.

Kap. VII. Vom Rechnungsprozesse.

- §. 1. Von Rechnungstreitigkeiten überhaupt.
- §. 2. Wie die Rechnung beschaffen seyn müsse.
- §. 3. Verfahren im Rechnungsprozesse.
- §. 4. Urtheil.

Kap. VIII. Vom Verfahren bei Kulturstreitigkeiten.

- §. 1. A) Erbschaftstheilungen 1) bei streitigem Miterbrecht.

§. 2. Wenn das Miterbrecht unbestritten ist.

§. 3. B) Sonderung des Allodiums von Lehen- und Stamm - Gütern.

§. 4. C) Separation bei Sozietäten.

§. 5. D) Bei andern Vermögensabtheilungen.

Kap. IX. Vom Konkurse der Gläubiger.

§. 1. Allgemeiner und besonderer Konkurs.

§. 2. Gerichtsstand des Konkurses.

§. 3. Anfang des Konkurses.

§. 4. A) Präliminar - Verfahren. 1) Wenn keine Untersuchung des Vermögensstandes nothwendig ist.

§. 5. 2) Wenn eine Untersuchung des Vermögensstands vorausgeht.

§. 6. Wirkungen dieser Präliminaruntersuchungen.

§. 7. Entscheidung nach der Präliminaruntersuchung.

§. 8. Wirkungen des rechtskräftig erkannten Konkurses.

§. 9. B) Hauptverfahren.

§. 10. 1) Verfahren in Ansehung der Liquidität und Priorität. 1) Ediktalladung.

§. 11. 2) Privatladung der gerichtlich bekannten Gläubiger.

§. 12. 3) Vom ersten Ediktstage ad liquidandum et producendum. a) Präklusion der nicht angebrachten Ansprüche.

- §. 13. b) Vorläufige Handlungen am ersten Ediktstage.
- §. 14. c) Liquidation.
- §. 15. Aufstellung und Amt des Kontraktors.
- §. 16. 4) Vom zweiten Ediktstage ad excipiendum.
- §. 17. 5) Vom dritten Ediktstage ad replicandum.
- §. 18. 6) Vom vierten Ediktstage ad duplicandum.
- §. 19. 7) Von der Legitimation im Konkurse.
- §. 20. 8) Von der Kautio, Widerklage und Kommunikation, dann dem Ungehorsam, den Terminen und dem Beweise.
- §. 21. 9) Von Prioritätsurtheilen.
- §. 22. 10) Von Rechtsmitteln gegen das Prioritätsurtheil.
- §. 23. 11) Von der Exekution im Konkurse.
- §. 24. 12) Von Partikularzahlungen während des Konkurses.
- §. 25. 13) Rechte der unbefriedigten Gläubiger nach dem Konkurse.
- §. 26. II. Berichtigung und Verwaltung der Konkursmasse. 1) Inventur.
- §. 27. 2) Verwaltung der Masse. a) Ueberhaupt.
- §. 28. b) In Ansehung besonderer Güter.
- §. 29. c) Insonderheit bei der Sequestration von Lehen, Stamm- und dergleichen Gütern.
- §. 30. 3) Oeffentliche Versteigerung.
- §. 31. 4) Berechnung der Masse.

Viertes Buch. Von den Rechtsmitteln und der Exekution.

Kap. I. Von der Rechtskraft und den Rechtsmitteln im Allgemeinen.

§. 1. Abänderung und Erklärung des Urtheils.

§. 2. Rechtsmittel 1) gegen Urtheile.

§. 3. 2) Gegen einfache Dekrete.

§. 4. 3) Gegen andere richterliche Handlungen.

§. 5. Rechtskraft.

§. 6. Wie weit sich die Rechtskraft erstreckt?

§. 7. Kumulation der Rechtsmittel.

Kap. II. Von der Appellation und dem Rekurse.

§. 1. Gegen welche Handlungen von Wem und an Wen appellirt werden könne.

§. 2. Wann die Appellation nicht statt findet.

§. 3. Wenn nur einmal appellirt werden kann.

§. 4. Berechnung der Appellationssumme.

§. 5. Wirkungen der Appellation, a) Devolution.

§. 6. Suspensivkraft.

§. 7. c) Recht der neueren Vertheidigung.

§. 8. d) Wieferne die Appellation für beide Theile gemeinschaftlich sey.

§. 9. Attentaten.

§. 10. Appellationsverfahren I. gegen Urtheile:

1) Anmelden der Appellation.

§. 11. 2) Notifikation an den Appellaten.

§. 12. 3) Einführung und Rechtfertigung der Appellation.

§. 13. 4) Vom Beschwerdenlibelle und der Adhäsionsschrift.

§. 14. 5) Verfügung der Appellationsinstanz.

§. 15. 6) Vom Appellationsurtheil.

§. 16. II. Gegen abschlägige Dekrete.

§. 17. Vom Rekurse.

Kap. III. Vom Rechtsmittel der Wiedereinsetzung und der Nichtigkeitsklage.

§. 1. I. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

1) Wegen neuer Umstände oder Beweise.

§. 2. 2) Wegen Rechnungsfehlern.

§. 3. 3) Wegen falscher Beweise.

§. 4. 4) Insbesondere gegen ein auf Eid ruhendes Urtheil.

§. 5. 5) Wegen rechtswidriger Beschädigung.

§. 6. Dauer dieses Rechtsmittels.

§. 7 — 11. Dessen Wirkung und Verfahren.

§. 12. II. Nichtigkeitsklage.

§. 13. Dauer dieses Rechtsmittels.

§. 14. Wirkungen desselben.

§. 15 — 18. Verfahren.

Kap. IV. Von einfachen Beschwerden gegen den Richter.

Kap. V. Von der Exekution.

§. 1. Wann die Exekution eintritt.

§. 2. Von dem Exekutions - Gerichte und der Exekution auf Requisition.

§. 3. Wann gegen einen Dritten die Exekution zu verhängen ist.

§. 4. Wie die Exekution verhängt werden soll.

§. 5. Insonderheit bei Geldschulden.

§. 6. Von Sachen, worin die Exekution, wegen Geldschulden nicht statt findet.

§. 7. Von der Immission und Sequestration.

§. 8. Termin zum Selbstverkaufe.

§. 9. Von der öffentlichen Versteigerung.

§. 10. Exekutionskosten.

§. 11. Vollstreckung bei Lehengütern.

§. 12. Verfahren in der Exekution. 1) Allgemeine Bestimmung.

§. 13. 2) Ansuchen um Exekution.

§. 14. 3) Richterliche Verfügung auf das Gesuch.

§. 15. 4) Fristgesuch, Contumazialfolgen.

§. 16. 5) Einreden des Impetraten.

§. 17. 6) Sicherheitsleistung bei der Exekution.

§. 18. 7) Verfahren nach eingekommenen Einreden.

§. 19. 8) Rechtsmittel gegen dieses Erkenntniß.

§. 20. 9) Wirkliche Vollstreckung.

Zugabe. Ueber die Einführung öffentlicher Verhandlungen bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in deutschen Gerichten.

Drittes Buch.

Von den summarischen Prozessen.

Nachdem das zweite Buch die *Regel* behandelt hat, folgen nun die summarischen Prozesse als die *Ausnahme* im dritten Buch. Schon oben (Seite 291.) habe ich die vormals herrschende Ansicht gerügt, als ob das Wesen der summarischen Prozesse darin bestehe, daß mit Beobachtung der wesentlichen Stücke des gerichtlichen Verfahrens von den Förmlichkeiten mehr oder weniger vernachlässiget werde, eine Darstellung, welche den ordentlichen Prozeß eben sowohl als die summarischen Prozesse verächtlich macht: *Jenen*, indem er uns als ein gothisches mit entbehrlichen Formalitäten überladenes Schnitzwerk, *diese*, indem uns jeder summarische Prozeß als das Produkt willkürlicher Vernachlässigung zweckmässiger Formen erscheinen müßte. Der Irrthum dieser Ansicht zeigt sich klar, wenn man erwägt,

dafs manche summarische Prozesse an weit strengere und ganz eigenthümliche Formalitäten als der ordentliche Prozeß gebunden sind. Der Exekutivprozeß läßt nur Urkunden als Beweismittel und nur sofort erweisliche (*incontinenti liquidae*) Einreden zu, während man im ordentlichen Prozesse Zeugen als Beweismittel und alle *illiquide* Einreden zur Vertheidigung brauchen darf. Wie sollte auf den Wechsel-Rechnungs- und Konkursprozeß ein Begriff passen, der von Vernachlässigung der Förmlichkeiten entnommen ist: sind nicht diese Prozesse nach bestimmten genau auf ihren Zweck berechneten Formen abgemessen?

Bildet der ordentliche Prozeß die *Regel*, und ruhet diese auf Grundsätzen, so darf auch die *Ausnahme* nur nach gleich festen Prinzipien, fern von aller Willkühr angenommen werden, und diese müssen den Gesetzgeber nicht allein bei dem Verfahren in den besonderen Arten des summarischen Prozesses, sondern selbst in Beantwortung der Frage leiten, in welchen Fällen er eine Ausnahme machen, das heißt, welche Arten des summarischen Prozesses *) er aufstellen solle.

*) Man vergleiche hierüber *mein Handb. über den Prozeß* Band IV. Abh. LXX.

Die im Eingang der Motive zum zweiten Buch dargestellte Natur des ordentlichen Prozesses nach seinem Zwecke, den Mitteln, der Richtung des Verfahrens und dem Gange der Verhandlungen ergiebt, daß die summarischen Prozesse nach zwei Hauptpunkten als Gegensatz des ordentlichen Prozesses erscheinen.

I. Nicht immer läßt sich die Sicherheit des Rechts oder der lebhafte Verkehr und der Kredit im Staate mit der Tendenz des ordentlichen Prozesses auf einen peremptorischen Rechtszustand unter den Partheien vereinbaren, in vielen Fällen ist es vielmehr nothwendig, unter denselben einen *provisorischen* Zustand (obgleich dieser zufälliger Weise z. B. im Exekutivprozesse ein peremptorischer werden kann) herzustellen, und nach *diesem* Zwecke den Gang des Verfahrens, die Vertheidigungsgründe und die Beweismittel abzumessen. In dieses Prinzip fallen dann jene Prozessarten, wo es einer *ausserordentlichen* schnellen *Rechtshülfe* gilt, namentlich 1) der *possessorische* Prozess, 2) das Verfahren bei *provisorischen* Verfügungen, 3) der *Arrestprozess*, 4) der *Wechselprozess*, endlich 5) der *Exekutivprozess*.

II. Nicht überall ist da, wo der Streit einen peremptorischen Rechtszustand bezieht, jener bedächtige und eigene Gang des ordentlichen Verfahrens anwendbar, bald stehet der hievon untrennbare Aufwand an Zeit und Kosten nicht im Verhältniß zu dem Streitobjekte, bald fordern höhere Rücksichten oder die Eigenthümlichkeit der Streitsache eine Abkürzung, bald passen seine Formen auf die Gestalt eines Geschäftes durchaus nicht. Wie wollte man mit Klage, Antwort, Re- und Duplik eine Rechnung justificiren, oder eine Cultursache berichtigen? wann würde bei den Formen des ordentlichen Prozesses ein Konkurs zu Ende gebracht? In dieses Prinzip fallen also 1) der sogenannte *unbestimmte summarische Prozeß*, 2) der *Rechnungsprozeß*, 3) das *Culturverfahren*, 4) der *Konkursprozeß*. Man könnte hieher noch den *Civiluntersuchungs-* und den *Berichtsprozeß* rechnen, ich habe sie aber aus besonderen Gründen im ersten Kapitel behandelt.

Diese *neun* Prozeßarten erschöpfen demnach das ganze Feld der nothwendigen Ausnahmen, und in neun Kapiteln sind die summarischen Prozesse abgehandelt. Daß ich den *Konsistorial-* und *Kriegsprozeß* nicht als be-

sondere Prozessarten *) aufführe, bedarf wohl keiner Rechtfertigung mehr, auch giebt es kein eigenes Verfahren über *Provokationen* **), über *Ediktalien* u. d. und das Verfahren bei *Erbschaftstheilungen* und ähnlichen Fällen gehört mehr dem Verfahren bei unstreitigen Rechtssachen an. Nur den bekannten *Mandatsprozess* könnte man im Entwurfe vermissen, da er vor den ehemaligen Reichsgerichten in die Landesgerichte, und von den Reichsgesetzen in die Landesgesetze übergieng, und in vielen Ländern das Bürgerrecht hat. Oft genug habe ich den reichsgerichtlichen Prozess gelehrt, Prozesse im Mandatswege, besonders über Territorialdifferenzen, bei beiden vormaligen Reichsgerichten nach hunderten bearbeitet, und den Geist des Mandatsprozesses mit

*) Schon Grolman Theorie des ger. Verf. §. 228. hat hierüber richtig geurtheilt.

**) Provokationen sind ein präparatorischer Streit, der nur zufällig einen peremptorischen Zustand entweder durch Erklärung des Provokaten, daß er kein Recht habe, oder in Folge des Ungehorsams herbeiführt, also auf keinen Fall eine besondere Prozessart bildet. Ueber das Verfahren bei Provokationen finden sich oben (Buch I. Kap. V. §. 7.) die nothwendigen Bestimmungen.

allen seinen Verwickelungen genau zu kennen. Theorie und Erfahrung haben mich von seinen Nachtheilen belehrt, und überzeugt, daß er in einer guten Gesetzgebung als eine besondere Art der summarischen Prozesse nicht Platz finden könne. Im Grunde beruhete er, wenn man der Sache genauer nachforscht, *einstheils* auf den Eigenheiten der erloschenen Reichsverfassung, welche die Austrägalinstanz der Immediaten soviel als möglich zu beschränken suchte, daher in den bekannten vier Fällen a) *damnum reipublicae* b) *factum nullo jure justificabile* c) *periculum in mora* d) *damnum irreparabile*, denen noch die Exekutivklausel "*mit und ohne Recht*" bei Schuldverschreibungen sich anschloß, und in den bekannten besondern Konstitutionen *de pace publica et profana*, sodann *de litigiosa possessione* Mittel fand, die Austrägalinstanz zu umgehen, *andernteils* war jener Mandatsprozeß nicht sowohl *eine* besondere *Gattung* der summarischen Prozesse, sondern vielmehr das *Genus*, der *summarische Prozeß* selbst, dem nur allein der *processus citationis* als der *ordinarius* gegenüber stand, ein *Lückenbüßer* für eine unvollständige Prozeßgesetzgebung war, die im Mangel bestimmter Vorschriften über Besitzstreitigkeiten *Mandata de non turbando* in

possessione, im Mangel des Exekutivprozesses *Mandata de solvendo vel dimittendo hypothecam*, im Mangel der Normen über provisorische Verfügungen *Mandata* auf die *Constitution de pace publica* und *de pignorationibus*, *de relaxando arresto* u. d. zulassen mußte. Eine Gesetzgebung, welche von jenen Lücken frei ist, und unter den Einflüssen einer komplizirten Staatsverfassung nicht stehet, darf die Ausnahmen nicht ohne Noth vermehren, und so liefs ich den Mandatsprozeß mit seiner verwickelten Eintheilung in der *Mandata cum vel sine clausula*, mit der kritischen Frage, warum hier keine *exceptiones juris*, sondern nur *exceptiones facti* statt finden, mit seinen *Paritoriis simplicibus et plenis*, und mit seiner Abtheilung des Verfahrens in *puncto causalium et paritionis* unter den Ruinen der teutschen Staatsverfassung vergraben.

Erstes Kapitel.

Vom summarischen Verfahren überhaupt.

§. 1.

Wann ein summarischer Prozeß eintrete.

Dieses Kapitel zerfällt in zwei Theile, es bildet im §. 1. u. 2. den generellen Theil des summarischen Verfahrens, das übrige (§. 3 — 6.) ist den Vorschriften über ~~den~~ sogenannten unbestimmten summarischen Prozesse gewidmet, womit ich das Verfahren bei Civiluntersuchungen (§. 7.) und den Berichtsprozeß (§. 8.) verband.

Zuerst mußte die Frage beantwortet werden, in welchen Fällen ein summarischer Prozeß eintrete? Um mich der Schuldistiktion zwischen dem *unbestimmten* und *bestimmten* summarischen Prozesse zu enthalten, welche der Eintheilung der Kontrakte in benannte und unbenannte gleich ist, habe ich die Antwort so gestellt, daß ich über jene Fälle, in welchen eine ganz eigenthümliche Verfahrungsart oder auch eine ausserordentliche Rechts-hülfe eintritt, auf die folgenden Kapitel, wo sie unter einem besondern Namen vorkommen, (N. 10.) verwiesen, dagegen zuerst jene

Sachen aufgezählt habe, worin überhaupt summarisch verfahren wird. Diese Fälle sind ebenso genau als sparsam gewählt, und bedürfen ausser jenem, was im folgenden bemerkt wird, keiner besondern Rechtfertigung.

§. 2.

Allgemeine Bestimmungen.

Bei den allgemeinen Bestimmungen, welche für alle summarische Prozesse vorbehaltlich der jedem eigenthümlichen Vorschriften gelten, muß die Gesetzgebung die Grundsätze*) befolgen: 1) daß auch bei jedem summarischen Prozesse dasjenige eingehalten werde, was Bedingung zur Gültigkeit des gerichtlichen Verfahrens ist, weshalb niemals die Rechtsvertheidigung ganz ausgeschlossen seyn kann, obgleich die Einleitung zu derselben eine andere Form annehmen, und jene in Zahl und Mitteln nach dem Zwecke be- hränkt seyn kann: 2) daß sich jedes summarische Verfahren soviel möglich den Regeln des ordentlichen Pro-

*) Schön sagt das kanonische Recht in der Clem. 2. de Verbor. sign. "non sic tamen iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur."

zesses annähere, denn je weniger Ausnahmen, desto besser das Ganze: 3) daß man die Vorschriften auf Abschneidung der nicht nothwendigen Formalitäten und auf Abkürzung berechne, weshalb die im ordentlichen Prozesse darnach abgemessenen Bestimmungen über peremptorische Kraft der Termine, Verbindung der Beweise u. d. hieher a potiori gelten: 4) daß man aber die Wirkung nicht über die Gränzen der Ursache erweitere, daher die außerordentliche Rechtshülfe genau den Forderungen der Gefahr anpasse, und alle, durch den Zweck einer bestimmten Verfahrensart nicht ausgeschlossene, Vertheidigungsmittel zulasse: 5) daß insbesondere alle, nur auf einen provisorischen Zustand abzielenden Prozessarten die vollständige Rechtsausführung zum peremptorischen Zustand in einem künftigen Prozesse ungekränkt erhalten.

Nach diesen Rücksichten wurden die allgemeinen Bestimmungen abgemessen, die letzte Bestimmung (N. 6.) ist für unser *saeculum scribax*, in welchem manche Gerichte die Schreibereien und Ausfertigungen der *lieben Taxen* halber recht planmässig vermehren, keine geringe Wohlthat.

§. 3.

1) *In geringfügigen Sachen.*

Dafs in Sachen von minderem Belange das Verfahren auf kürzere Formen zurückgeführt werde, mufs schon deswegen als zweckmässig erscheinen, weil sonst die Prozesskosten den Werth des Streitobjekts leicht übersteigen könnten. Die Geringfügigkeit kann eben deswegen nur nach dem *Werthe* des Streitobjekts bemessen werden, wenn auch dabei die interessantesten Rechtsfragen vorkommen. Man begegnet aber hier dem Unterschied, dafs bei der ersten Stufe der summarische Prozess *geboten*, bei der zweiten Stufe aber *erlaubt* werden mufs, wornach dann wieder der ordentliche Prozess als die Regel eintritt. Für die erste Stufe nahm ich die Summe von *Einhundert* Gulden an, was nicht volle Einhundert Gulden in Geld oder Geldeswerth beträgt, kann man heutzutag in Beziehung auf das Prozessführen als unbedeutend ansehen, denn wie die Gerichte und Advokaten ihre Taxen ansetzen, ersteigen die Kosten gar bald jene Summe. Eine Streitsache, deren Werth nicht einmal über 25 Gulden beträgt (Bagatellsachen) darf weder den Zeugen-
eid noch der Haupteid profanirt werden, nur Handgelöbniss an Eidesstatt wird geleistet.

§. 4.

2) *In Sachen, welche bei den Untergerichten verhandelt werden.*

Der Werth von *ein - bis fünfhundert* Gulden bildet die zweite Stufe, und wenn man erwägt, daß ich hier a) das summarische Verfahren nicht geboten, sondern nur erlaubt, dasselbe ferner b) auf jene Streitigkeiten beschränkt habe, welche nicht auf verwickelten Thatsachen beruhen, annebst c) vor den Untergerichten verhandelt werden, so wird man dabei alle Rücksichten auf den Verkehr, auf den Streitgegenstand und auf die streitenden Theile beachtet finden. Die Gerichte für Personen, welchen ein bevorzugter Gerichtsstand zukommt, sind dadurch von selbst ausgeschlossen. Das Verfahren unterscheidet sich zunächst in dem Punkt, daß die Verhandlungen bei einer Tagsfarth protokollarisch aufgenommen werden, folglich an einem Tage die Sache unter den Partheien verhandelt und vom Richter entschieden werden kann. Zu diesem Zwecke fände ich auch kein Bedenken, den Partheien zu erlauben, daß sie ihre Zeugen, wenn sie können und wollen, sogleich mit zu Gericht bringen.

§. 5.

5) *Bei Ehestreitigkeiten.*

Manche Rechtslehrer machen aus Sponsalien und Ehesachen eine eigene Verfahrungsart unter dem Namen Konsistorialprozeß; damit aber geschieht bald zuviel bald zuwenig. Wird die Ehescheidung wegen bösslicher Verlassung verlangt, so tritt die Ediktalladung, und nach Ablauf des Termins das Erkenntniß auf Desertion und Ehescheidung in contumaciam ein; dieses erscheint zwar als ein eigenes Verfahren, aber in der That ist es keines, denn alles dieses geht so schnurgerade aus dem Civilgesetzbuche und den allgemeinen Prinzipien des Prozesses hervor, daß es baa- rer Ueberfluß wäre, daraus eine besondere Prozeßart zu bilden. Wollte man aber in allen Scheidungssachen ein summarisches Verfahren gebieten, so würde man gegen das Prinzip anstossen, daß bei wichtigen Sachen der ordentliche Prozeß eintreten solle, denn welche Sache ist für Staat und Kirche, für die Ruhe der Familien, für Sicherheit der Personen, für Kindererziehung, und selbst für das Vermögen wichtiger als eben die Ehe? Um nun diesen Fehler zu vermeiden, dabei aber dem Richter Fingerzeige für ihr Verfahren zu geben, habe ich von Ehestreitigkeiten insoweit,

618 Buch III. Kap. I. Vom summarischen
als dabei ein summarisches Verfahren eintreten
kann, an diesem Orte gehandelt.

Das vorzüglichste Augenmerk des Gesetzgebers bei Ehestreitigkeiten muß dahin gerichtet seyn, dieselbe bei ihrem Ausbruch wo möglich zu unterdrücken, theils durch Abweisung ungegründeter Klagen, (N. 1.) theils bei zweifelhaften oder gegründeten Klagen durch einen ernstlichen Vergleichsversuch, wenn anders (Num. 2.) die Ehegatten vor Gericht gebracht werden können, welches aber bei der bösslichen Verlassung von selbst hinwegfällt. Bei dem Vergleichsversuche sind nicht nur die Ehegatten persönlich zu erscheinen verbunden, sondern der Richter kann auch hiezu (N. 3.) die Seelsorger und die nächsten Verwandten, besonders die Eltern beiziehen. Im Vergleichstermine selbst (N. 4.) muß der Richter alles anwenden, die Aussöhnung zu Stand zu bringen; sehr nützlich ist es zu diesem Zwecke, wenn der Richter den Grund der Dissidien kennt, weil er dann sogar durch Anwendung seines obrigkeitlichen Amtes die Hindernisse der Einigkeit heben z. B. verdächtige Personen aus dem Hause schaffen, dem Mann diese oder jene Handlungen bei Strafe verbieten kann.

Kommt es nach fruchtlosem Vergleichsversuche oder bei dessen Unmöglichkeit zum Streite, so findet überhaupt ein summarisches Verfahren (N. 5.) statt, weil Ehestreitigkeiten zwar genau, doch mit grösserer Beschleunigung verhandelt werden müssen. Dafs in solchen Sachen auch nahe Verwandte und Dienstboten vollgültige Zeugen sind, folgt schon aus allgemeinen Vorschriften (Buch II. Kapitel VII. §. 3.) über den Zeugenbeweis. Nur die Ehescheidung wegen bösslicher Verlassung führt durch die Ediktalladung und die Abwesenheit des Verlassenden ein eigenes (N. 6.) Verfahren herbei; desgleichen verdienen die bei Ehestreitigkeiten überhaupt nothwendig werdenden provisorischen Verfügungen (N. 7.) die besondere Aufmerksamkeit des Richters *).

Hinsichtlich der privatrechtlichen Folgen einer Ehescheidung mußte ich von dem allgemeinen Grundsatz (Buch I. Kap. I. §. 4.) der Verbindung aller Streitpunkte in einer Verhandlung aus zwei Gründen abgehen, erstens weil an manchen Orten noch *geistliche* Gerichte über Ehesachen entscheiden, welchen man

*) Hievon ist ausführlich gehandelt in *meinem* Handb. Band IV. Abh. LXXIX. §. 30 — 36.

620 Buch III. Kap. I. Vom summarischen Uebergriff in die bürgerlichen Folgen einer Ehescheidung als einen *weltlichen* Gegenstand nicht erlaubt, theils weil diese Folgen von vielen andern Umständen und Verträgen abhängen, die oft weitläufigere Verhandlungen und Beweisführungen erfordern. Daher habe ich (N. 8.) diese Verbindung nicht geboten, sondern nur zugelassen. Eben dieser civilrechtlichen Folgen wegen ist es (N. 9.) höchst nothwendig, daß jedes Urtheil, worin auf Ehescheidung erkannt wird, genau ausdrücke, ob nur ein Theil oder ob beide Theile als schuldig befunden worden. Endlich glaubte ich den Fall einer Ehescheidung aus beharrlichem Willen, welche sogar das neue *österreichische* Civilgesetzbuch angenommen hat, wenigstens mit Hinweisung auf das Civilgesetzbuch (N. 10.) berühren zu müssen.

§. 6.

4) In Bau- und Grenzsachen.

Diese Sachen fordern, daß sogleich ein Augenschein mit Sachverständigen angeordnet, und nach deren Gutachten die allenfalls nöthigen provisorischen Verfügungen erlassen werden. Ist dieses geschehen, so fällt der Grund einer besonderen Prozeßart hinweg, nur der Gegenstand entscheidet darüber, ob der Hauptstreit

streit selbst summarisch oder im ordentlichen Prozesse (§. 3. u. 4.) zu verhandeln ist.

§. 7.

5) In Defraudations - Konfiskations - Polizeistrafsachen,

Die Natur solcher Sachen bringt es mit sich, daß sie in Untersuchungsform eingeleitet werden, worüber die Vorschriften über die Untersuchung in Strafsachen analog zur Anwendung kommen. Amtsuntersuchungen werden durch Kommissionen *) geführt. Die Vertheidigung des Beschuldigten kann dabei nicht umgangen werden, es liegt aber in der Natur jedes Untersuchungsprozesses, daß sie erst am Schlusse der Untersuchung statt findet, und daß dann dem Beschuldigten die Einsicht der vollständigen Untersuchungsakten nicht verweigert werden kann.

§. 8.

Vom Berichtsprozesse.

Am Schlusse dieses Kapitels behandle ich das Verfahren, welches in Form von *Berichten* geleitet wird. Die hierüber gegebenen Be-

*) Ueber das Verfahren bei solchen Kommissionen vergl. mein Handb. Bd. IV. Abhandl. LXXIV.

622 Buch III. Kap. II. Vom Verfahren
stimmungen finden in sich selbst ihre Rechtfertigung *).

Zweites Kapitel.

Vom Verfahren in Besitzstreitigkeiten.

§. 1.

Von Besitzstreitigkeiten überhaupt.

Die Lehre vom Besitz hat durch die neueren Forschungen der Gelehrten **) an Klarheit und Brauchbarkeit soviel verloren, als sie an Eru-
dition gewann. Drei volle Jahrhunderte wurden an beiden höchsten Reichsgerichten possessorische Prozesse über die wichtigsten Objekte, über Territorien und Hoheitsrechte,

*) ausführlich habe ich davon im Handb. B.IV. Abh. LXXII. gehandelt.

**) Cuperus de natura possessionis. Leiden 1789. auch mit Anmerkungen von Thibaut 1804. herausgegeben. Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. v. Savigny das Recht des Besitzes. Gießen 1805. und 1806. Haubold resp. Zachariae universalia quaedam de possessione principia e jure romano collecta. Lips. 1805.

nach tausenden verhandelt und entschieden, Theorie und Praxis hatten sich so fixirt, daß nicht einmal die Chikane daran noch Etwas wankend machen konnte, als von der Zeit an, wo die moderne Schule der historischen Bearbeitung des römischen Rechts daran ihre Kräfte versuchte, alle Pfeiler wanken, worauf das bisherige Gebäude fest ruhte, die Gelehrten Parthei nahmen, und dieser Gegenstand einem Knoten gleicht, der sich desto fester strickte, je mehr Hände ihn aus verschiedenen Richtungen lösen wollten, einem Knoten, der nun so verstrickt ist, daß er nicht wohl anders, als auf legislativem Wege gelöst werden kann. Zu einem Traktat über den Besitz ist hier der Ort nicht, aber mein Glaubensbekenntniß lege ich offen dahin ab, daß auf dem Wege, den die Doktrin neuerlich betrat, das Ziel niemals erreicht wird, daß das römische Recht über Besitzstreitigkeiten durch kanonisches Recht, Reichsgesetze und Usus fori *) nicht

41 *

*) Darum sind die Sammlungen reichsgerichtlicher Erkenntnisse und die Schriftsteller über den reichsgerichtlichen Prozeß so wie die Schriften der praktischen Rechtsgelehrten in dieser Materie als klassische Zeugen eines Gewohnheitsrechts von größter Wichtigkeit.

bloß modifizirt, sondern in wesentlichen Punkten verändert wurde, daß hierdurch ein anderer Geist in dieses Institut *) im Ganzen kam, und daß wir hierüber, selbst nach den Quellen unsers vormaligen gemeinen Rechts solange nicht klar sehen werden, bis wir nicht jenen Geist auffassen, und das Institut in der Gestalt betrachten, welche es durch jene wichtige und, wie man nicht verkennen kann, *nothwendige* Abänderungen erhielt. Wenn in dem sogenannten Possessorio *summariissimo* der Satz herrschend wurde, jeder Besitz müsse vom Gerichte gegen unerlaubte Selbsthülfe auf dem schleunigsten Rechtswege geschützt werden: wenn das kanonische Recht mit seinem kategorischen Imperative: *Spoliatus ante omnia restituendus* die römischen Subtilitäten umgieng, womit manche Interdikte hinsichtlich der *gewaltsamen* Stöhrung oder Entsetzung erschwert waren: wenn vollends das kanonische Recht **) in einer Entscheidung Innozenz III. die wichtigen Sätze aussprach, daß bei dem Interdikte *uti possidetis* der titulirte Besitz, dem nichttitulirten vorgeht, und daß nach dem Beweise eines recht-

*) vergl. mein Handb. Band IV. Abh. LXXX.

**) cap. 9. X. de probationibus.

mässigen älteren Besitzes (von 60 Jahren her) der neuere (von 50 Jahren her) für fehlerhaft (*vitiosa*) gehalten wird, so wünsche ich Jedem Glück zu seinem starken Glauben, der sich weis machen läßt, durch jene Sätze sey das römische Recht nur — *modifizirt* worden, denn von einer *Modifikation* des Interdikts *uti possidetis*, welche es in allen seinen Bestandtheilen *abändert*, habe ich keine Vorstellung! —

Ueberhaupt macht sich die historische Schule einer grossen Inkonsequenz und Einseitigkeit schuldig, indem sie nicht bedenkt, daß sich das römische Recht, wie es bei den Römern theils durch Gesetze, theils durch Erfindungen der Juristen, theils durch Gewohnheit gebildet wurde, auch bei den Teutschen, nachdem sie es rezipirt hatten, durch den Einfluß des kanonischen Rechts, der Reichsgesetze, und eines auf den Meinungen angesehener Rechtsgelehrten gegründeten und durch die Erkenntnisse der höchsten Reichsgerichte theils bestätigten theils erkennbaren Gewohnheitsrechtes fortbilden konnte und fortbilden mußte. Wie manche Neuerung im römischen Rechte unter die Form der Anwendung eines anderen Rechtssatzes versteckt wurde, um ihr

leichteren Eingang zu verschaffen, wie der Prätor die querela inofficiosi testamenti unter dem Scheine der Nichtigkeitsklage vermittelt der fingirten Sinnesverwirrung des Testators in das Gesetz einföhrte, wie er einen ähnlichen Weg bei der actio publiciana mittelst der fingirten Usucapion einschlug, eben so machten es die Päbste im kanonischen Rechte, und die Rechtsgelehrten samt den Gerichten in Bildung eines Gewohnheitsrechts, sie benützten den Schein eines Fragments aus dem römischen Rechte, um eine Neuerung ohne Widerspruch einzuföhren. Wer möchte es z. B. der Praxis übel nehmen, wenn sie den Satz: *unumquemque non sibi ipsum jus dicere*, auf dessen Grund das Interdictum *quod legatorum* *) beruhet, für ihr Possessorium summariissimum angeführt hätte, um zu zeigen, daß diese Neuerung sogar mit Stellen des römischen Rechts harmonirt? Eben so machte es der Pabst Innozenz III. **), als er den Streit

*) L. 1. §. 2. D. quod legatorum.

**) im angeführten cap. 9. X. de probation. Ich bemerke, daß unter den Worten: *probationes potiores* nicht stärkere Beweismittel oder Beweise, sondern *stärkere Gründe* zu verstehen sind, wie der ganze Inhalt jenes Capi-

zwischen einer Kirche und einer Gemeinde im Jahre 1207. dahin entschied, daß dem älteren und auf einem Rechtstitel ruhenden Besitze der Vorzug vor dem neuen und nicht titulirten Besitze gebühre, er knüpfte an das Interdictum uti possidetis an, gab ihm aber, als hätte er in der Schule eines römischen Prätors die Kunst gelernt, eine Deutung, bei welcher jenes Interdikt in seiner Wesenheit verändert wurde; er sagte: "*nos cognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus, uti possidetis ita possidentis: cum probationes ecclesiae longe sit potiores et ideo sit in interdicto superior,*" er benützte den *Schein* eines andern Gesetzes, um sein neues Gesetz zu bemänteln, woraus für Besitzstreitigkeiten ein eben so neues Institut entstand, wie aus der prätorischen querela inofficiosi in der Erbfolge. Nur eine Bearbeitung, welche dem Faden der Geschichte bis auf unsere Zeiten folgt, keine Bearbeitung, welche stehen bleibt bei

tuli zeigt, denn der Gemeinde wurde der Besitz nicht aus Mangel des Beweises, sondern wegen des *Uebergewichts* der für die Kirche sprechenden *Argumente* abgesprochen.

dem römischen Rechte, wie es uns Justinian überlieferte, kann uns zum Ziele führen.

Aber eben dieses heilige Dunkel, dieses Schwanken der Meinungen, welches dermal über die Lehre vom Besitz herrscht, vermehrt die Beschwerden, für das Verfahren bei Besitzstreitigkeiten solche Normen vorzuschlagen, welche einer richtigen Theorie über das Recht des Besitzes und einer darauf gebauten rationellen Legislation sowohl als den bestehenden Quellen anpassen. Mir scheint, daß jene Sätze, welche Hr. v. Savigny nur *Modifikationen* des römischen Rechts nennt, wesentliche Abänderungen sind, daß dadurch sowohl die auf Schutz des jüngsten Besitzes abzielenden Interdicta, als auch das für den ordentlichen Besitzstand gegebene Interdictum uti possidetis, in ihrer *Grundlage wesentlich* verändert wurden, und daß das Gebäude unsers Rechtsverhältnisses bei Besitzstreitigkeiten seiner Grundlage nach neueren Ursprungs ist, und in dasselbe nur Bruchstücke aus dem römischen Rechte eingefügt wurden, gerade so, wie wir dieses bei dem Konkursprozeß antreffen. Ich erkenne in jenen sogenannten Modifikationen den schönsten Sieg der Wahrheit über theils unvollständige theils irrige

Bestimmungen der Römer, und nehme sie im Entwurf zur Grundlage. Der lange gleichförmige Gebrauch selbst bei beiden vormaligen höchsten Reichsgerichten über die wichtigsten und frequentesten Territorialdifferenzen leistet für ihre Brauchbarkeit Gewährschaft, unsere Zeit schließt sich unmittelbar an jene Jahrhunderte an, in welchen das System über Besitzstreitigkeiten seine heutige Gestalt erhielt, und dieses System selbst ruhet auf unerschütterlichen Grundsätzen. Hierdurch gewann der Entwurf auch noch von der Seite, daß er vollkommen in das Institut des Besitzrechts paßt, wie es sich bis auf unsre Zeit in Deutschland ausgebildet hat, und wie es in täglicher Uebung bei den Gerichten lebt.

I. Wo Gerichte im Staate angeordnet sind, da ist Selbsthülfe unerlaubt, und jedes eigenmächtige Einschreiten eines Privaten gegen den Andern, um wahre oder vermeinte Rechte gegen ihn geltend zu machen, ist Selbsthülfe, es mag mit besonderer Heimlichkeit (*clam*) oder mit Gewalt (*vi*) oder auf andere Weise ohne Bewilligung des Betheiligten z. B. durch unbefugte Retention geschehen; diese Selbsthülfe berechtigt den Betheiligten, Schutz des Besitzes gegen jene stäts unerlaubte Selbsthül-

fe bei *Gericht* (nicht bei der Polizei) zu verlangen. Hier ist zwischen Inhaben (*Detentio*) und Besitz (*Possessio*) kein Unterschied, denn es kommt nur auf Abstellung der Selbsthülfe an, welcher der Besitz als blosses Faktum in der Sinnenwelt ohne alle Rücksicht auf dessen Rechtseigenschaften gegenüber steht, und diese ist an sich selbst so unerlaubt, daß hierauf die übrigen Rechte keinen Einfluß haben können, und selbst das Eigenthum nicht angeführt werden kann, um die Folgen unerlaubter Selbsthülfe zu entfernen. Nur da, wo von den Partheien Jede im Besitze zu seyn behauptet, wo also die Frage, wer Stöhrungen, wer unerlaubte Selbsthülfe begehet, abhängt von der Frage, wer provisorisch als Besitzer anzusehen ist, kommt eine durch die Eigenheiten dieses Falls (*litigiosa possessio*) gebotene Ausnahme vor, ausserdem aber ist Stöhrung (*Turbatio*) von Entsetzung (*Deiectio*) nur nominell oder faktisch, nicht aber im Prinzip und Recht verschieden, wie bei Turbationen das *Verbot* neuer Stöhrungen ergeht, so erfolgt bei Dejektionen nach dem Kanon: *Spoliatus ante omnia restituendus*, das *Gebot* der augenblicklichen Restitution.

II. Es kann aber zwischen zwei Partheien, welche dieselbe Sache zu *verschiedenen Zeiten*

(duo eandem rem simul in solidum possidere non possunt) besessen haben, zwischen dem vorigen und jetzigen Besitzer, der Streit darüber entstehen, *wessen Besitz vorzüglicher sey*: und es fällt in die Begriffe, daß bei diesem Streite über den *Vorzug* nicht das blosse *Faktum* des Besitzes; sondern daß vielmehr dessen *Rechtsqualität* entscheidet. Auf diese Rechtsqualität haben zwei Stücke Einfluß, *erstens* die *Rechtmässigkeit* (justitia) eines Besitzes: denn der fehlerhafte Besitz (vitiosa) muß nachstehen, jedoch in der Voraussetzung, daß sich der Fehler (vi, clam vel precario) auf die streitenden Theile unter sich beziehet, weil sonst allgemeinen Rechtssätzen zuwider eine Exceptio de jure tertii *) geltend gemacht würde; *zweitens* der *Rechtsgrund* (titulus) des Besitzes insoweit, daß derjenige, welcher einen titulirten Besitz für sich hat, demjenigen vorgehet, der ohne Rechtstitel besitzt, und daß, wenn jeder einen Rechtstitel für sich hat, der stärkere Titel obsiegt **).

*) diesen Grund erkennt L. 1. §. 5. u. 9. D. uti possidetis ausdrücklich an; dieses aber ist nur davon zu verstehen, wenn der Besitz bloß wegen Mängeln des andern Besitzes gefordert wird, wie ich zum §. 3. zeige.

**) wie dieses die Römer in der bekannten ac-

III. Endlich kann das Gesetz Fälle auszeichnen, in welchen ohne andere prozessualische Weitläufigkeiten durch Einräumung des Besitzes ein provisorischer Zustand hergestellt werden soll: die bekannten Klagen auf das *Recht zum Besitze* (*interdicta adipiscendae possessionis*). Die neuere Schule *) will diese Interdikte nicht als possessorische Klagen gelten lassen, sie sollen *provisorische petitorische Klagen*, also z. B. das *interdictum quorum bonorum* eine *provisorische hereditatis petitio possessoria*, das *interdictum de glande legenda* eine *provisorische rei vindicatio*, das *interdictum fraudatorium* eine *provisorische actio pauliana* seyn! Dieses ist nun dem römischen Rechte geradehin **) entgegen, und auffallend, wenn

tio publiciana zur Vervollständigung ihres vorher mangelhaften Besitzrechts zum Theil wenigstens anerkannt haben, indem diese Klage demjenigen zustand, der vor geendigter Usucapion den Besitz verlohren hatte, wider den "*infirmiore jure possidentem*." Hr. v. Savigny rechnet diese *actio publiciana* zu den *petitorischen Klagen*, ob richtig? daran zweifle ich.

*) v. Savigny a. a. O. S. 331. ff.

**) L. 2. §. 3. D. de interdict. "*adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem.*"

man aus dem Munde eines Romanisten von einer *provisorischen petitorischen* Klage sprechen hört. Diese Klagen sind *Interdicta, extraordinariae actiones*, ihr Zweck ist Einräumung eines vorher noch nicht gehabten *Besitzes*, das *Recht* selbst (*Petitorium*) wird dabei *nicht einmal provisorisch* entschieden. Ich nehme daher gar keinen Anstand, diese *remedia adipiscendae possessionis* zu den Besitzstreitigkeiten zu rechnen.

Unter den nach dieser Ansicht aufgestellten drei Klassen von Besitzstreitigkeiten mache ich mit jenen als der *ersten* Klasse den Anfang, wo das Recht, den Besitz zu verlangen, ohne Rücksicht auf das Faktum oder die Rechtsqualität des Besitzes, aus den Gesetzen selbst abgeleitet wird. Bei dieser Klasse (N. 1.) würde die Absicht des Gesetzes vereitelt, wenn man die Verbindung des *Petitoriums* mit denselben anbefehlen wollte, die im Buch I. Kap. I. §. 4. angegebene Regel erhält also hier einige nothwendige Limitation, welche bei dem Gegensatz der folgenden Nummer angedeutet wurde. Der Richter muß bald mit, bald ohne Streitverhandlungen jene Thatsachen, worauf sich das *Immissionsgesuch* gründet, auf dem *kürzesten Wege* untersuchen, daher

z. B. wenn der Besitz einer Erbschaft aus einem fehlerfreien Testamente verlangt wird, zur Vorlage und Anerkennung des Originals mit Vorladung der widersprechenden Intestat-erben eine Tagsfarth ansetzen, und sofort über die Einsetzung in den Besitz erkennen. Der Impetrant ist nicht verbunden, sich in das Petitorium einzulassen, ehe über die Immission erkannt ist, und der Richter darf sich weder durch petitorische Gründe noch durch einen daneben angebrachten petitorischen Streit abhalten lassen, über die Immission sogleich zu erkennen.

Streitigkeiten über den Vorzug des Rechts des Besitzes nach dessen Rechtsqualität machen die zweite Klasse von Besitzstreitigkeiten aus; (N. 2.) welche man bisher mit dem Namen *Possessorium ordinarium* bezeichnete, weil hierdurch das ganze Recht des Besitzes so erschöpfend entschieden wird, daß nur noch das Petitorium übrig bleibt. Aus der Erfahrung ist bekannt, daß die bisherigen Kontroversen nur darin bestanden, ob der Kläger schuldig sey, sich auf petitorische Gründe einzulassen, ob petitorische Gründe nur ad colorandum possessorium oder als solche geltend gemacht wurden, ob derjenige, welcher so-

gleich sein Recht darthun kann, den possessoris-chen Prozeß aufnehmen muß: diese Kontroversen erschwerten die Beurtheilung in einzelnen Rechtssachen, gaben Stoff zu Aufzüglichkeiten und zu verzögernden Appellationen. Diesen Bedenklichkeiten wird gründlich vorgebeugt, wenn man gebietet, daß mit dem Streite über den ordentlichen Besitzstand (*possessorium ordinarium*) auch der Streit über den Rechtsstand (*petitorium*) zugleich verhandelt und entschieden werde. Die preussische Gerichtsordnung *) hat dieses vorlängst geboten, und sie leistet für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift hinreichende Gewährung. Längst hätte man auch in Teutschland sich zu dieser heilsamen Anordnung erhoben, wenn nicht die Eigenheiten der teutschen Reichsverfassung, nach welcher unter Reichsimmediaten das *Petitorium* vor die Austräge gehörte, dieser Re-

*) Th. I. Tit. V. §. 27. „Ausser dem *Possessorio summarissimo* — soll in Ansehung der Instruktion des Prozesses kein Unterschied weiter zwischen dem *Petitorio* und *Possessorio* statt finden, sondern alle Thatsachen, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes, und der Frage des wirklichen Rechts gehören, sollen zugleich und in Einem Prozesse aufgenommen — werden.“

form entgegen gestanden wären. Diese Verbindung hebt alle Anstände; daß der titulirte Besitz vor dem nichttitulirten den Vorzug verdient, läßt sich nicht bestreiten, allgemeine Rechtsgrundsätze bahnen demnach von selbst den Weg zur Verbindung petitorischer Gründe mit dem Streite über den ordentlichen Besitzstand, um hierauf den Vorzug zu gründen; geschieht aber dieses, so ist nichts natürlicher, als alle petitorischen Gründe unter denselben Partheien auf einmal verhandeln zu lassen. Von nun an hängt alles davon ab, ob jene petitorischen Gründe zur Entscheidung über den Rechtsstand hinreichen oder nicht: im *ersten* Fall wäre es sehr vergeblich, den Streit in *possessorio* besonders aber dann zu entscheiden, wenn es vorhinein gewiß ist, das Urtheil müsse in *petitorio* gegen denjenigen ausfallen, für welchen in *possessorio* entschieden würde; im *zweiten* Falle wäre es eben so vergeblich, demjenigen das *Petitorium* vorzubehalten, der hiefür nicht einmal so viele Gründe vorbringen konnte, als zum Vorzug im Besitze erfordert werden. Eben dieses Gebot, das *Petitorium* mit dem *Possessorio ordinario* zu verbinden, enthielt zugleich den festen Anhaltepunkt über die geeignete Prozeßart; ein solcher Streit hat an sich auf eine be-
vor-

vorzugte Prozessart keinen Anspruch, es tritt daher jene Prozessart ein, welche dem Gegenstand des Streites zukommt; auch kommen bei dem Possessorio ordinario über Rechtsqualität und Vorzug des Besitzes so viele Momente vor, daß auf dasselbe, abgesehen sogar von dessen Verbindung mit dem Petitorium, weder eine ausserordentliche Rechtshülfe, noch ein bevorzugtes Verfahren passend ist.

Zur *dritten* Klasse gehören die Streitigkeiten über den jüngsten Besitz (N. 3.); bei welchen weder das Recht zum Besitze, noch das Recht des Besitzes nach dessen Rechtsqualitäten, sondern das blosse *Faktum des Besitzes*, der unerlaubten Selbsthülfe gegenüber, in Frage ist. Nur bei dem jüngsten Besitze ist eine ausserordentliche Rechtshülfe *nothwendig*, um der unter allen Umständen unerlaubten Selbsthülfe zu begegnen, und nur bei ihm ein schnelles Verfahren *möglich*, weil alles auf leicht zu beweisende Fakta ohne Beimischung von Streitigkeiten und Beweisen über Rechtseigenschaften ankommt. Der *possessorische* Prozess als besondere Art der summarischen Prozesse ist also seiner Natur nach beschränkt auf Streitigkeiten über den *jüngsten Besitz*, worauf ihn

auch die preussische Gerichtsordnung *) eingeschränkt hat. Der Entwurf giebt zuerst die allgemeinen Bestimmungen über diese summarische Prozeßart (§. 2.) an, und gehet hierauf zu den drei dahin gehörigen Fällen, nämlich der *Störung* des Besitzes (§. 3.), der *Entsetzung* aus dem Besitze (§. 4.) und dem *zweifelhaften* Besitze (§. 5.) über.

§. 2.

Allgemeine Bestimmungen.

Streitigkeiten über den jüngsten Besitz haben das Charakteristische, daß bei denselben das *bloße Faktum des Inhabens*, ohne Rücksicht auf dessen Rechtseigenschaft, im Gegensatz der unerlaubten Selbsthülfe berücksichtigt wird; dieses ist der Sinn der Reichsgesetze, welche gegen ein *factum nullo jure justificabile* ein unbedingtes Mandat zulassen, denn die *Selbsthülfe* ist der *Form* nach so unerlaubt, daß sie durch keinen *materiellen* Grund gerechtfertigt werden kann. So strenge das Gesetz die Verbindung des Petitorii mit dem Possessorio ordinario gebiethen muß, so strenge muß es jede Kumulation (N. 1.) des jüngsten Besitzes mit dem Rechtsstand und mit dem ordentli-

*) Th. I. Tit. 31.

chen Besitzstand verbiethen. Es kann nicht zulassen, daß eine *Selbsthülfe* durch Gründe gerechtfertigt werde, welche aus dem Rechte zur Sache oder aus dem Vorzug des Besitzrechtes entnommen sind, der Besitz als Faktum auf einer und die unerlaubte Selbsthülfe auf der andern Seite muß von jeder fremdartigen Beimischung rein gehalten werden. Aus diesem Grunde folgt zugleich, daß das Erkenntniß über den jüngsten Besitz (N. 2.) weder dem ordentlichen Besitzstand noch dem Rechtsstand präjudizirt; daher ist es zweckmässig, dieses im Gesetze auszusprechen, um nicht die gerichtlichen Handlungen mit entbehrlichen Vorbehalten anzufüllen, oder neue Streitigkeiten zu veranlassen, wenn etwa eine Parthei oder der Richter diesen Vorbehalt für überflüssig geachtet hat.

Die schnelle und ausserordentliche Rechts-
hülfe fordert auch eine Erleichterung bei den
Beweisen; welche noch besonders dadurch ge-
rechtfertigt wird, daß das Erkenntniß im jün-
gsten Besitze dem unterliegenden Theile von
seinen Befugnissen hinsichtlich des Petitoriums
und des ordentlichen Besitzstandes gar nichts
entzieht. Daher hat die Praxis es längst aner-
kannt, daß hier *Bescheinigung* (*Demonstratio*)

die Stelle des Beweises (probatio) vertritt. Das Gesetz muß aber genauer bestimmen, was als Bescheinigung (N. 3.) genügt. Notariatsinstrumente über Zeugenvernehmungen, welche bei reichsständischen possessorischen Streitigkeiten üblich waren, konnten nach veränderter Staatsverfassung unter die Bescheinigungen nicht mehr aufgenommen werden.

Rechtsmittel gegen Erkenntnisse über den jüngsten Besitz zuzulassen, halte ich (N. 4.) für nothwendig, denn auch hier sind Rechte im Spiele, für welche gegen nachtheilige Erkenntnisse eine Vertheidigung bei dem höheren Richter nicht versagt werden kann. Auch schon das kanonische Recht und ein unbestrittener Gerichtsgebrauch *) hat die Appellation von jeher zugelassen; nur muß sie beschränkt und ohne Suspensivkraft seyn, um den Zweck dieser Prozeßart nicht zu vereiteln.

Dafs endlich (N. 5.) der obsiegende Theil nicht verbunden ist, vor dem Vollzug des Erkenntnisses über den jüngsten Besitz sich in

*) Cap. 10. u. 15. de restitut. spoliatorum. vergl. mein Handbuch Band III. Abh. LXI. §. 4—8. und Band IV. Abh. LXXXI. §. 12.

Ansehung *desselben* Gegenstands auf eine Klage einzulassen, folgt daraus, weil sonst der Zweck verfehlt würde, für welchen überhaupt das Possessorium summariissimum (das ich lieber *Summarium* nennen möchte, weil ich nur *Eines* anerkenne) eingesetzt ist; aber durch die Einschränkung auf *denselben* Gegenstand ist die Uebertreibung des kanonischen Rechts aufgehoben, welches die Einrede des Spoliums sogar bei nicht konnexen Sachen mit der Wirkung zuließ, daß der Spoliirte vor der Restitution die Einlassung auf die Klage verweigern konnte.

§. 3.

Klage wegen Störungen des Inhabens oder Besitzes.

Der erste Fall des summarischen possessorisches Processes tritt bei *Störungen* (Turbatio) des jüngsten Besitzes ein, wodurch der Inhaber (Detentor) oder Besitzer (Possessor) in dem bisherigen Inhaben oder Besitz beunruhiget wird; diese Störungen können in Ausübung solcher Rechte bestehen, welche der Störende bisher nicht ausgeübt hat, oder in Verhinderung dessen, was der Andere bisher ausübte, oder in Angriffen, um dem Andern dasjenige zu entziehen, was er bisher in seiner Gewahrsam hatte; nur wird vorausgesetzt,

dafs er durch die zuwiderlaufenden Handlungen den Besitz oder das Inhaben noch nicht verlohren habe, weil sonst nicht auf Erhaltung des Besitzes gegen Störungen (*retinendae*) sondern vielmehr auf Wiedererlangung des verlohrenen Besitzes (*recuperandae*) geklagt werden kann, obwohl beide Klagen mehr dem Namen als der Wesenheit nach verschieden sind.

Bei der Klage gegen Störungen (N. 1.) muß der Impetrant vor Allem zeigen, dafs er a) sich *wirklich* im *jüngsten* Besitze befinde; der Besitz, welcher hier blos als Faktum aufgefaßt wird, kann nur aus der wirklichen Gewahrsam bei körperlichen Sachen, und aus Handlungen bei Rechten erkannt, niemals aber aus dem älteren auf den jüngsten Besitz geschlossen werden. Nur muß man dieses nach Verschiedenheit des Gegenstands beurtheilen, weil bei manchen Rechten die Besitzhandlung auf gewisse Zeiten beschränkt oder von besonderen Begebenheiten abhängig ist; darf z. B. die Jagd oder Viehweide in geschlossenen Zeiten nicht ausgeübt werden, so genügt es zum Beweise des jüngsten Besitzes, wenn man zeigt, dafs man vor dieser geschlossenen Zeit die Jagd oder Vieheweide ausgeübt habe; bei Bestrafung der Forstfrevel, bei Ausübung der Kri-

minalgerichtsbarkeit, bei Präsentationen fällt der jüngste Besitz oft in ältere Zeiten, wenn sich in neueren Zeiten keine Gelegenheit zur Ausübung dargebothen hat. b) Weil nur der *neueste* Besitz im Gegensatz der störenden Selbsthülfe in Betrachtung kommt, so genügt eine einzige Handlung zur Begründung dieser Klage, denn das Alter eines Besitzes kann nur bei Entscheidung der Rechtmässigkeit in Anschlag kommen. c) Aber es muß der jüngste *ruhige* Besitz nachgewiesen seyn, jene Handlung, bei welcher sich die Störung ergab, und welche den Streit veranlafte, kann der Kläger zur Bescheinigung seines jüngsten Besitzes nicht anführen, denn dieses angestrittene Faktum läßt den Zweifel übrig, ob es nicht selbst eine blossе Anmassung und eine Störung des gegentheiligen Besitzes sey. d) Die störenden Handlungen des Imploraten gehören in soweit zum Grunde der Imploration, als ausserdem die ganze Klage überflüssig wäre. e) Die Klage selbst findet auch gegen die Erben des Turbanten statt. f) Ueber die zur Begründung der Imploration gehörenden Thatsachen müssen die Bescheinigungsmittel sogleich, wie es im ordentlichen Prozesse bei der Klage verordnet ist, angegeben werden. g) Die Bitte gehet auf schleunigste Hülfe zum Schutze des Besitzes,

also nach Umständen auf Abstellung der störenden Neuerungen, oder auf das Verbot künftiger Störungen; der Ersatz alles durch die Störung verursachten Schadens ist eine Nebensache in diesem Prozesse. Die bekannte *Cautio de non amplius turbando* habe ich weggelassen, und dafür strenge Strafen gegen fernere Turbationen angeordnet, weil in einem wohlgeordneten Staate die richterliche Gewalt das beste Sicherungsmittel seyn muß.

Findet der Richter die Sache zur Einleitung im summarischen Prozesse geeignet, und das Gesuch insoweit ohne Mangel, so erläßt er (N. 2.) den unbedingten Befehl an den Imploraten, von allen Turbationen bis auf weitere gerichtliche Anordnung abzustehen, und theilt ihm die Klage zur Vernehmlassung innerhalb eines kurzen Termins mit. Zu diesem Befehle ist eine Erhebung der vom Imploranten angezeigten Bescheinigungsmittel nicht notwendig, denn er trägt nur die Eigenschaft einer provisorischen Verfügung an sich, und entziehet dem Imploraten nichts an seinen Befugnissen, wenn etwa ihm der jüngste Besitz zustehen sollte. Eben deßwegen ist aber der Implorat unbedingt verbunden, ihm Folge zu leisten.

Läßt der Implorat den Termin ohne Antwort verstreichen, so erfolgt sogleich (N. 3.) das Definitivurtheil über den jüngsten Besitz zum Vortheil des Imploranten, als Folge der allgemeinen Grundsätze über die peremptorische Kraft der Termine, angewendet auf die nothwendige Beschleunigung bei diesen Streitigkeiten.

Die Antwort des Beklagten (N. 4.) fordert genauere Bestimmungen darüber, welche Vertheidigungsgründe in dieser Prozessart zulässig sind. Die Abläugnung, daß dem Impetranten der jüngste ruhige Besitz zustehet, desgleichen die Bescheinigung, daß der Impetrat sich im jüngsten Besitze befindet, sind ohne Zweifel zulässig, aber bei den Einreden (lit. b.) erheben sich die Anstände. Steht dem jüngsten Besitze nur unerlaubte Selbsthülfe gegenüber, welche durch *kein Recht* des Störenden gerechtfertiget wird, so ist wohl klar, daß keine Einrede zugelassen werden darf, welche auf den *Rechtsstand* oder auf den *Vorzug im Recht des Besitzes* sich beziehet; aber Einreden, welche die *Rechtmässigkeit* des Besitzes angehen, hat dieser summarische possessorische Streit mit dem Possessorio ordinario unter einer Einschränkung gemein; hier kann nämlich der Implorat die Rechtmässigkeit des *jüngsten*

Besitzes zwar nicht aus dem Grunde bestreiten, weil er den älteren Besitz für sich hat, daher der neuere Besitz, solange nicht dessen rechtmässige Erwerbung nachgewiesen werden kann, für unrechtmässig geachtet wird, es muß ihm aber erlaubt seyn, die Einrede geltend zu machen, daß der Kläger das Inhaben oder den Besitz vom Beklagten auf gewaltsame (vi) oder heimliche Art (clam) oder bittweise (precario) erhalten habe. Der Grund, warum *diese* Vitia possessionis auch in dem summarischen possessorischen Prozesse als Einreden angeführt werden können, ruhet darin, daß eben *diese* Mängel eine Imploration zur Wiedererlangung des vorher gehabten jüngsten Besitzes in der *nämlichen* Prozeßart begründen, daher sowohl der Natur der Widerklage als dem Satz zufolge, daß jenes, was klageweise in derselben Prozeßart geltend gemacht werden kann, auch als Einrede angeführt werden darf, hier zugelassen werden müssen. Hieraus erhellet zugleich, daß schon allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß diese Mängel hier nur alsdenn geltend gemacht werden können, wenn sie sich auf das Verhältniß des Imploraten zum Imploranten *) gründen, weil

*) L. 1. §. 5. D. uti possidetis. "Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: quod nec vi,

nur in dieser Voraussetzung der Implorat gegen den jetzigen Imploranten im summarischen possessorischen Prozesse auf Wiedererlangung des Besitzes klagen könnte.

Nach dieser Antwort richtet sich (N. 5.) das weitere Verfahren, wozu ich nur dieses bemerke, daß der Implorat, wenn er ohne irgend eine andere Vertheidigung lediglich die

nec clam, nec precario ab illo (dem Beklagten) possideas.“ Bei dem *possessorio ordinario* gilt das nämliche, soferne aus den Mängeln allein die Rechtmässigkeit des Besitzes bestritten wird; liegt aber noch ein anderer Grund vor, hat z. B. der Kläger den älteren Besitz oder den Rechtstitel seiner Erwerbung dargethan, so können zur Unterstützung dieses Grundes auch solche Mängel benützt werden, welche sich auf einen Dritten beziehen, denn wer möchte demjenigen, der einen älteren und rechtmässigen Besitz dargethan hat, den Vorzug in *possessorio ordinario* vor Jenem ablängnen, der erwiesenermassen den Besitz einem Dritten durch Diebstahl oder Gewalt entzogen hat? So ist denn auch in diesem Punkte bei der veränderten Gestalt, welche nach unserm neueren besonders dem kanonischen Rechte das *Possessorium ordinarium* (*Uti possidetis*) angenommen hat, das römische Recht abgeändert.

vom Kläger angeführten Störungen abläugnet, den jüngsten Besitz seines Gegentheils ipso facto anerkennt, und jene Störungen nur insoweit noch einen Gegenstand des Streites ausmachen, als der Kläger Schadensersatz verlangt. Das Verfahren schließt sich (N. 6.) mit der Gegenvernehmlassung des Imploraten, nach welcher zur Aufnahme der Bescheinigungen, oder wenn diese nicht nothwendig ist, sogleich zum Urtheil geschritten wird. Die Bestimmungen über das Verfahren bei weiteren verbotswidrigen Turbationen (N. 7.) so wie über die Form des lossprechenden Erkenntnisses (N. 8.) sind von selbst einleuchtend.

§. 4.

Klage wegen Entsetzung aus dem Inhaben oder Besitze.

Die Entsetzung aus dem Besitze (Dejectio) ist von der Störung nur dem Grade oder dem Erfolge nach verschieden, und ich konnte mich auf eine Hinweisung theils auf das Civilgesetzbuch, theils auf den vorhergehenden Paragraph beschränken. Die Bitte wird auf Wiederherstellung des Zustands gerichtet, wie er vor der Entsetzung war, darnach muß auch das Urtheil abgefaßt werden; dabei leuchtet von selbst ein, daß das Verbot weiterer Störungen

(§. 3. num. 2.) nicht auf die vergangenen Handlungen, welche die Dejektion hervorbrachten, sondern nur auf *weitere künftige* Handlungen sich erstreckt, folglich die Sache in dem Zustand bleibt, worin sie sich bei dem Ausbruch des Prozesses befand, wenn nicht ein anderer Grund eine provisorische Verfügung veranlaßt.

§. 5.

Verfahren bei dem zweifelhaften Besitze.

Nähere Bestimmungen waren über den Fall nothwendig, wenn ein Jeder von beiden streitenden Theilen im jüngsten Besitze sich zu befinden behauptet, daher bei einer Klage über den jüngsten Besitz ein Jeder gegen den Andern den richterlichen Schutz zu seinem Vorthail reklamirt. Die bekannte Reichskonstitution vom Jahre 1512. *super litigiosa possessione* gab den Praktikern Anlaß, diesen Fall mit dem Namen *streitiger* Besitz zu bezeichnen; allein der Besitz kann öfters streitig, aber nur im Fall der *litigiosa possessio* als Faktum zweifelhaft seyn, ich habe daher den Ausdruck *zweifelhafter* Besitz für passender gehalten.

Wenn gleich der Gesichtspunkt einer Gefahr für Störung des Landfriedens bei uns nicht mehr so eigends vorwaltet, wie er sich in je-

ner Reichskonstitution und ihren Bestimmungen nach dem Bedürfniss jener Zeit ausspricht, so liegt dennoch in jenem Verhältniss des zweifelhaften Besitzes eine unversiegbare Quelle fortwährender Reibungen unter den Betheiligten. Die Gesetze erlauben dem Besitzer, sein Inhaben mit Privatgewalt gegen Eingriffe zu schützen; wenn nun ein Jeder den jüngsten Besitz für sich zu haben glaubt, so siehet Einer die Handlungen des Andern als Störungen seines Besitzes an, und beide sind gleichsam durch das Gesetz gezwungen, sich beständig in den Haaren zu liegen, wenn anders Keiner den jüngsten Besitz aufgeben will. Auf dieses eigenthümliche Verhältniss wirken demnach Rücksichten sowohl auf die öffentliche Ruhe als auf das privatrechtliche Verhältniss der Partheien ein.

In erster Beziehung (N. 1.) sorgt der Richter durch eine provisorische Verfügung gegen alle Gewaltthätigkeiten und Ruhestörungen, und bemüht sich dann in zweiter Beziehung durch schleunige Untersuchung (N. 2. und 3.) auszumitteln, wer von beiden Theilen den jüngsten Besitz für sich habe, welcher aus der *neuesten ruhigen*, d. h. vom Gegentheil nicht widersprochenen und fehlerfreien Besitzhandlung erkannt wird.

Die Zuerkennung des jüngsten Besitzes (N. 4.) richtet sich nach folgenden Grundsätzen: 1) immer wird vorausgesetzt, daß beide Theile Handlungen für sich haben, welche sich zum jüngsten Besitze (§. 3.) eignen; Handlungen also, welche der Zeit nach nur zum älteren Besitze gehören, können hier gar nicht berücksichtigt werden, weil dann der Fall eines *zweifelhaften jüngsten Besitzes* gar nicht vorhanden, sondern ohne irgend einen Unterschied lediglich der jüngste Besitz nach Vorschrift des §. 3. zu schützen ist. Haben nun 2) beide Theile neueste Besitzhandlungen für sich, so kann nicht mehr so, wie es bei dem auf einer Seite unzweifelhaften Inhaben geschieht, die konträre Handlung des Andern als eine unerlaubte Selbsthülfe betrachtet werden, und das Gesetz kann nicht wollen, daß Jeder durch irgend eine Handlung sich in den Besitz einschleiche und dann gegen den andern gleichmässigen Besitzer sich auf den jüngsten Besitz berufe; es treten also ganz andere Rücksichten ein, nach welchen die denkbaren vier Fälle hier normirt sind: a) Kollidirt der Besitz mit dem blossen *Inhaben*, so gehet der Besitz vor, wenn auch nicht eben die *allerneueste* oder *letzte* Besitzhandlung für ihn spricht, vorausgesetzt jedoch, daß ihm Besitz-

handlungen zur Seite stehen, welche zum jüngsten Besitze sich eignen; b) Stehet auf beiden Seiten der Besitz, so entscheidet *allein* die neueste ruhige und fehlerfreie Besitzhandlung; c) sind beide Theile blosser Inhaber (Detentor) so giebt, wie bei a. bemerkt worden, das Alter des Inhabens demjenigen den Vorzug, welcher von sechs Monaten her sein Inhaben nachweisen kann; d) ist in Ansehung dieses Alters von beiden Seiten kein Uebergewicht, so entscheidet, wie bei b. die neueste fehlerfreie Handlung.

Durch dieses Verfahren wird aber immer nur der jüngste Besitz (in *possessorio summa-*rio) regulirt, und beiden Theilen bleibt kraft des Gesetzes (§. 2. num. 2.) das *possessorium ordinarium* vorbehalten, weil der von jener Reichskonstitution aufgestellte Unterschied, ob *metus armorum proximus* oder *remotus* vorhanden ist, nur in den Eigenthümlichkeiten der teutschen Staatsverfassung hinsichtlich der Austrägalinstanz seine Veranlassung fand, welche in unsern staatsrechtlichen Verhältnissen ihre Bedeutung verlohren hat.

Drittes Kapitel.

Von provisorischen Verfügungen und Sequestrationen.

§. 1.

Wann ein Provisorium statt finde?

Der Zweck der Justiz wird nicht durch den *Ausspruch* über die Rechte der Partheien allein, sondern erst dadurch vollkommen erreicht, daß Jedem sein Recht *wirklich* zu Theil wird; denn diese Realisirung ist Endzweck, für welchen der richterliche Spruch als ein Mittel erscheint, welches selbst wieder durch die Streitverhandlungen bedingt ist. Bei den gewöhnlichen Fällen muß zwar die Regel: *Litigante nihil innovandum* *) eingehalten, der Streit erst verhandelt und entschieden werden, ehe gegen einen Theil Etwas verfügt werden kann; aber oft ereignen sich Umstände, wo das Recht selbst in seiner Wirklichkeit entweder gar nicht oder nur unvollkommen erreicht würde, wenn man hüllos den ganzen Zeitraum von der Klage an bis zum rechtskräftigen Urtheil abwarten müßte, wo also, da die

*) Buch I. Kap. V. §. 9.

Rechtshülfe den Umständen anpassen soll, früher noch irgend eine in die Sache eingreifende Verfügung nothwendig ist. Wenn der Besitzer die in Anspruch genommene Sache merklich verschlimmern, die Wälder zerstören, die Weinberge ausreuten, die Gebäude verfallen lassen würde; wenn der Blödsinnige während der Untersuchung über seine Gemüthskrankheit sein Vermögen verschleuderte; wenn die Ehefrau bis zur Ehescheidung im Hause des Ehemanns allen seinen Mißhandlungen ausgesetzt bleiben oder ohne Alimentation verhungern müßte; wenn der Grundhold durch Entrichtung unerschwinglicher Gutslasten bis zur definitiven Moderation erschöpft würde; wenn das Haus einfiel, bis der Streit über die Reparationsverbindlichkeit einer Mauer geendigt wäre; — so kann man nicht mißkennen, daß eine den Umständen angemessene Verfügung *) zur Abwendung der Gefahr vor Entscheidung des Streits, oft sogar vor oder bei dessen An-

*) Ausführlich habe ich den Gegenstand bearbeitet im *Handbuch* Band IV. Abh. LXXIX. Hieher gehört auch noch Harprecht de utilitate ac necessitate remed. provision. Altorf 1731. Schneidt. de remediis provisoriiis, quatenus sunt juris privati. Wirceb. 1789.

fang erlassen werden muß. Man nennt sie *provisorisch*, weil sie nur einen *vorübergehenden* Zustand bezieht, und der Name *Verfügung* unterscheidet sie noch von jenen besonderen Prozeßarten, welche, wie der possessori- sche und Exekutiv - dann Wechselprozeß, nicht bloß etwas Vorübergehendes, sondern einen *bestimmten* rechtlichen Zustand, wenn auch derselbe noch einen anderen Streit über denselben Gegenstand zuläßt, zum Ziele haben, daher gleichfalls unter der Regel: *lit- pendente nihil innovandum* stehen, welcher ge- mäß vor der *Entscheidung* in *dieser* besonde- ren summarischen Verfahrungsart nichts in die Sache Eingreifendes verfügt wird.

Für jene Gegenstände, bei welchen be- stimmte provisorische Verfügungen gleichsam im gewöhnlichen Laufe der Begebenheiten ih- re Veranlassung finden, konnten die Gesetze Bestimmungen vorhersehend machen. Schon das römische Recht gieng in manchen Inter- dikten *) mit dem Beispiele voran, und theils

43 *

*) die Tit. Dig. de tabulis exhibendis und ne quid in loco sacro fiat; ne quid in loco publi- co vel itinere fiat; de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo pe-

das Civilgesetzbuch, besonders bei Streitigkeiten über Filiation, Paternität und Alimente, bei Ehestreitigkeiten, bei Vormundschaften, bei Abwesenden, Blödsinnigen, Verschwendern, bei Erbschaften, bei Servituten, bei Bau- und Grenzstreitigkeiten, theils der Prozeßkodex insonderheit bei Konkursen und bei Appellationen, theils Verordnungen über administrativ-kontentiose Rechtssachen bei Grundbarkeitslasten, Gemeindesachen, Gewerbsstreitigkeiten, und Defraudationsfällen enthalten verschiedene Bestimmungen über eigene Provisorien. Aber der Gesetzgeber kann nicht alle Fälle vorhersehen, worin eine Provisionalverfügung nothwendig ist, und die Aufstellung des allgemeinen Prinzips blieb dem Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren vorbehalten, da es hier auf die Ausnahme von einer im Prozeßkodex einheimischen Regel ankommt.

Dieser allgemeine Grundsatz (N. 1.) steht demnach an der Spitze, und ich habe zu demselben nur zwei Punkte zu bemerken: a) nicht allein bei dem Bevorstehen eines ganz unersetzlichen Schadens, sondern auch bei dem

ius navigetur; de homine libero exhibendo
u. a. m.

Bevorstehen eines nicht leicht ersetzlichen Schadens kann eine provisorische Verfügung eintreten; dafür spricht der Satz: *melius est rem salvam servare, quam vulneratam sanare*, und der Zweck der Justiz, der es fordert, daß die Realisirung des Rechts nicht beschwerlich und nicht dem Zufall des künftigen Ersatzes preis gegeben sey: b) die Anordnung muß vor dem Ausgang des Prozesses nothwendig seyn; hierdurch unterscheiden sich provisorische *Verfügungen* von jenen summarischen Prozeßarten, welche einen provisorischen Zustand unter den Betheiligten zum eigenen Zwecke haben, bei welchen also die Herstellung dieses Zustands erst die Folge eines *Urtheils* in jener summarischen Prozeßart ist. Die Provisionalverfügungen kommen unter verschiedenen Gestalten und Formen, stets aber in der Tendenz eines nur interimistischen *vorübergehenden* Zustands, bald als Temporalinhibition, bald als temporäre Auflage, bald als temporäre Bewilligung, bald in der eigenen Form von Sequestration vor.

An jenen allgemeinen Grundsatz reihet sich die Hinweisung (N. 2.) auf jene Fälle an, welche zwar auf jenem allgemeinen Grundsatz ruhen, aber in den Gesetzen durch besondere Normen über verschiedene provisorische Ver-

658 Buch III. Kap. III. Von provis. Verf.
fügungen näher bezeichnet sind. Die im Texte aufgezählten Beispiele habe ich oben in die Motive aufgenommen, damit sie im Texte zu dessen Abkürzung gestrichen werden können.

Eigenthümlich an den Provisorien ist, daß sie bei allen Prozeßarten, bei allen Streitgegenständen und in jeder Lage des Prozesses (N. 3.) wie sich dazu eine Veranlassung zeigt, statt finden. Nur muß das Gericht wohl erwägen, daß es durch Verfügung eines unzeitigen Provisoriums eben soviel als durch Versagung eines nothwendigen Provisoriums schaden kann, insonderheit warnte ich gegen zwei Mißgriffe, welche ich bei Gerichten öfter wahrnahm; der erste bestehet in einem Absprung aus dem petitorischen Streite in einen possessorischen, indem der Kläger nach anhängigem petitorischen Streite unter der Form eines nebenher oder inzidentweise gebetenen Provisoriums die Sache in den possessorischen Prozeß zu schieben sucht: der zweite bestehet in einem Eingriffe gegen den Besitzstand, welchen der Beklagte für sich hat, und durch eine Temporalinhibition mit einem Federzuge vernichten würde *); denn niemals darf ein Proviso-

*) Ein sehr merkwürdiges Beispiel findet sich in *meinen Rechtsfällen* Band I. Seite 277 - 304.

rium an Umfang und Wirkungen einer eigenen von den Gesetzen an bestimmte Voraussetzungen gebundenen Rechtshülfe gleich kommen.

§. 2.

Was dabei zu beobachten ist.

Provisorische Verfügungen in den gesetzlich bestimmten Fällen (N. 1.) bedürfen keiner weiteren Bestimmung, für sie genügt die Hinweisung auf jene Gesetze; aber desto nothwendiger ist es, dem Richter für die übrigen Provisorien, welche er zur Abwendung eines gar nicht oder wenigstens nicht leicht ersetzlichen Schadens verhängen kann, genauere Regeln (N. 2.) vorzuzeichnen. a) Gefahr ist der Grund, und Sicherung des Rechtes gegen diese der Zweck aller Provisorien; jedes Provisorium muß sich also auf den geringsten Grad der Veränderung am bisherigen Zustand nach dem strengen Verhältniß der abzuwendenden Gefahr einschränken. Wenn die Einstellung des Baues die Gefahr hebt, so ist die Demolirung des Gebauten eine widerrechtliche Uebertreibung: wenn der Staat die Pension für Witwen der Staatsdiener nach dem Bedürfniß ihres Lebensunterhalts regulirt hat, so kann eine Frau während des Streits über die Ehescheidung

kein höheres Quantum für ihre Alimentation von der Besoldung ihres Ehegatten fordern: solange eine Inhibition genügt, darf zur Sequestration des Streitobjekts nicht geschritten werden. b) Der Besitz muß auch während des Streites respektirt bleiben; erklärt sich z. B. der Kläger selbst zu bestimmten Leistungen für verbunden, und beschwert er sich nur über ungebührliche Modalitäten oder über ein Uebermaafs in deren Forderung, so muß das Provisorium den zugestandenen Besitz unangetastet lassen, und sich auf die Modalitäten oder das Uebermaafs beschränken. c) Das hauptsächlichste Augenmerk des Richters sey aber dahin gerichtet, daß er das Provisorium auf die für *beide* Theile schonendste Art treffe; hiezu gehört viele Klugheit, Umsicht und Behutsamkeit, um die passende Maasregel zu finden, und jene feine Grenzen, quos ultra citraque nequit consistere rectum, nicht zu überschreiten. d) Das Provisorium darf endlich den Vollzug des Haupterkenntnisses nicht hindern, denn es ist nur eine vorübergehende Maasregel; daher kann zuweilen nach Umständen Jener, dem das Provisorium zum Vortheil gereicht, zur Leistung einer Kautions wegen Rückerstattung auf den Fall angehalten werden, wenn das Definitivurtheil gegen ihn ausfallen sollte.

§. 3.

*Verfahren bei provisorischen Verfügungen.*1) *Anfang desselben, Imploration.*

Für das Verfahren muß man vordersamst den Unterschied berücksichtigen, ob von Amtswegen eingeschritten werden kann, oder ob der Antrag eines Betheiligten das Provisorium veranlaßt. Unaufgefordert (N. 1.) können Civilgerichte nicht weiter etwas provisorisch verfügen, als die Gesetze den Richter zu solchen Einschreitungen ermächtigen oder verbinden, denn in Civilrechtssachen gilt die Regel, wo kein Kläger ist, da ist kein Richter, auch hinsichtlich der Provisorien. Häufig ist die amtliche Einschreitung bei administrativ-kontentiosen Sachen, denn bei ihnen wird es öfters wegen besonderer Rücksicht auf das öffentliche Wohl und auf die Staatsverwaltung nothwendig, daß die Regierung Maasregeln und Anordnungen trifft, ohne eine Aufforderung eines Betheiligten abzuwarten, wenn gleich ihre Verfügungen in die Rechte eines Betheiligten Einfluß hat. Diese Anordnungen müssen mit besonderer Vorsicht getroffen werden, damit sie dem künftigen Rechtswege oder der Definitivsentenz nicht präjudiziren, insonderheit sind in *Gewerbssachen*, es sey bei Strei-

tigkeiten über neue Konzessionen oder über die Grenzen der Gewerbe, alle Provisorien zu vermeiden, welche eine *Veränderung* des bisherigen Zustands an sich tragen, weil es unendlich schwer hält, bei Gegenständen, welche in das tägliche Leben eingreifen, den vorigen Zustand der Dinge wieder herzustellen, und den Zug eines Gewerbes, wenn er einmal unterbrochen wurde, in das alte Geleis zurückzuführen. Hier begegnet man auch dem Punkte, wo sich die Justiz- und Regierungsgewalt nahe berühren, wo an einem und demselben Gegenstand verschiedene Beziehungen zusammentreffen, nach welchen derselbe einerseits die Justiz hinsichtlich der Privatrechte anderseits die Regierung, besonders die Polizei, hinsichtlich des öffentlichen Wohls angehet *). Gewiß kann es den Arm der Regierung nicht lähmen, daß zwei Bürger für gut finden, über den Gegenstand vor Gericht einen Prozeß zu führen: gewiß ist der Staat nicht verbunden, dem Einsturz eines Gebäudes ruhig zuzusehen, und die Vorübergehenden der Todesgefahr auszusetzen, weil zwei Privatpersonen über die Verbindlichkeit zur Reparatur streiten: gewiß

*) ausführlich habe ich dieses erörtert im *Handbuch* Band II. Abh. XXVI. §. 55 — 40.

kann die Regierung den Schulunterricht nicht suspendiren, bis der Streit über die Unterhaltung des Schulhauses definitiv entschieden ist. Bei aller Ehrfurcht für die Heiligkeit des Rechts darf man die richterliche Gewalt nicht zu einer alles verschlingenden Macht erheben, aber auch die Polizei darf sich nicht über alles Recht erhaben dünken, beide Gewalten sind sich *koordinirt*, jede wirkt in ihrer Sphäre. Hieraus folgt nun freilich, daß jede Gewalt von der andern *unabhängig* in Thätigkeit tritt, aber keineswegs folgt hieraus, daß zwischen beiden Gewalten ein *feindliches entgegengesetztes* Verhältniß besteht; vielmehr ist es der Würde jeder Staatsbehörde und der Staatsregierung im Ganzen angemessen, daß eine Behörde die andere achte, und daß beide Gewalten in Sachen, welche sie unter verschiedenen Beziehungen angehen, im *gemeinsamen freundlichen Einverständnisse* handeln, denn nichts schwächt das Ansehen der Staatsbehörden und das Vertrauen der Unterthanen auf dieselben mehr, als wenn Kollisionen unter ihnen öffentlich sichtbar und fühlbar werden. Jedes einseitige *Vorgreifen* führt auch leicht zu *Uebergriffen*, oder veranlaßt wenigstens Beschwerden und Widersprüche unter den Behörden, wogegen es kein besseres Vorbeugungsmittel

giebt, als die Vorschrift, daß sich die verschiedenen Staatsbehörden *vorher* über die provisorischen Maasregeln miteinander *benehmen* sollen. Es versteht sich dabei von selbst, daß die Gerichte, wenn sie von den administrativen Behörden zur Erklärung über ein wegen allgemeiner Rücksichten nothwendiges Provisorium aufgefordert werden, keine Verhandlungen der Partheien hierüber veranlassen und hierdurch die polizeilichen Maasregeln nicht aufhalten dürfen, sondern lediglich dasjenige angeben müssen, was sie selbst bei dem in Vorschlag gebrachten Provisorium wegen Erhaltung der Privatrechte zu erinnern für nöthig erachten.

Ausser diesen Fällen setzt eine provisorische Verfügung das Gesuch eines Betheiligten voraus, und mit dieser Imploration (N. 2.) beginnt das Verfahren. Dieses Gesuch mag (N. 3.) bei dem Ausbruch des Rechtsstreits in der Klagschrift selbst vorgebracht werden, ausserdem aber ist es zweckmässiger, wenn man dafür eine gesonderte Vorstellung fordert, damit nicht die übrigen Verhandlungen über die Hauptsache durch die Verhandlungen über das Provisorium gestört werden.

§. 4.

2) *Verfügung auf dieses Gesuch.*

Genauer als manche andere Prozessschrift muß dieses Gesuch geprüft werden, und selbst des Richters eigenes Interesse fordert ihn hiezu auf, da er durch einen Mißgriff grofse Verantwortung wegen des Schadensersatzes auf sich laden kann. Vordersamst entscheidet der Grad der Gefahr, und es leuchtet von selbst ein, dafs bei dringender Gefahr (N. 1.) sogleich mit den nothwendigen Maaßregeln zu ihrer Abwendung eingeschritten werden muß, ohne erst zeitraubende Verhandlungen einzuleiten oder die Bescheinigungen mit Aengstlichkeit zu prüfen, welche oft eben wegen des Dranges der Umstände mangelhaft sind. Ein kluger Richter wird das Provisorium nicht über die Grenze der dringenden Gefahr verhängen, und da derjenige, wider den es verhängt wurde, dessen Abänderung durch frühes Einreichen seiner Remonstration gleichsam in seiner Gewalt hat, so stehet bei Erkennung eines schonenden Provisoriums z. B. einer Temporalinhibition weniger auf dem Spiele, als wenn der Richter aus unzeitiger Aengstlichkeit das Provisorium versagt, und einen vielleicht unersetzlichen Schaden veranlafst. Ist aber die Gefahr nicht dringend, so ist ei-

ne vorherige Vernehmung des Imploraten unter Ansetzung eines engen Termins (Num. 2.) sehr zweckmässig, besonders wenn an den Bescheinigungen etwas mangelt, oder die Art des Provisoriums noch zweifelhaft scheint. Bei Abschlagung des Gesuchs forderte ich (N. 3.) die Anführung des Entscheidungsgrunds, um unnöthigen Appellationen vorzubeugen, und auch bei Provisorien die Konsequenz hinsichtlich der Rechtskraft abschlägiger Dekrete (Buch IV. Kap. I. §. 3.) herzustellen. Kann nämlich der Implorant sein Gesuch besser begründen, so bedarf er keiner Appellation, sondern er kann eine neue, sein Gesuch näher begründende und den Zweifel des Richters hebende Vorstellung übergeben. Hat er bessere Gründe nicht für sich und hält er sich durch die Abschlagung beschwert, so kann er die Appellation ergreifen, und es muß, wenn er dieses unterläßt, allerdings für rechtskräftig geachtet werden, daß unter den im abgewiesenen Gesuche vorgelegten Umständen das Provisorium nicht statt findet. Inzwischen hindert diese Rechtskraft die Verhängung eines Provisoriums nicht, wenn sich die Umstände in der Folge verändern, und neue Gefahr eintritt, welche auch eine neue Hülfe nothwendig macht.

§. 5.

3) *Handlung des Impetraten.*

Dafs der Impetrat (N. 1.) verbunden ist, die richterliche provisorische Verfügung zu befolgen, fließt aus allgemeinen Grundsätzen (Buch I. Kap. III. §. 12.) und muß hier für so gerechter angesehen werden, als es nur vom Impetraten abhängt, seine Einwendungen dagegen (N. 2.) bald vorzubringen, und die Aufhebung oder Abänderung des Provisoriums zu bewirken; übrigens wird bei den Rechtsmitteln (Buch IV. Kap. I. §. 3.) gezeigt, warum der Impetrat vor dem Erkenntniß über seine Einwendungen (N. 3.) gegen die provisorische Verfügung nicht appelliren kann.

§. 6.

4) *Weiteres Verfahren.*

Nach der Handlung des Impetraten richtet sich (N. 1. 2.) das weitere Verfahren. Hat der Impetrat gegen das Provisorium Einwendungen vorgebracht, so wird darüber (N. 3.) erkannt, und dieses Erkenntniß hat alle Wirkungen eines *Urtheils*, weshalb auch (N. 4.) wegen des Schadens, welchen es dem Impetraten verursachen kann, dagegen die Appellation, jedoch, wegen der obwaltenden Gefahr, ohne Suspensivkraft zugelassen werden mußte.

§. 7.

Wirkungen der provisorischen Verfügungen.

An den Wirkungen provisorischer Verfügungen spricht sich ihr Unterschied von jenen Prozessarten aus, welche einen provisorischen Rechtszustand zum eigenen Zwecke haben. Das Erkenntniß über den jüngsten Besitz im possessorischen Prozesse macht jenen zum Besitzer, zu dessen Vorthail es ergieng, bis in Possessorio ordinario oder petitorio in einem neuen Streite ein Urtheil gegen ihn erfolgt; bei Provisorien verhält sich dieses ganz anders, sie bewirken (N. 1.) weder für den Besitz noch für den Rechtsstand eine Veränderung oder ein Präjudiz; durch eine Temporalinhibition erlischt der Besitz nicht, wenn auch der Besitzer während derselben sich der Ausübung enthält, durch eine provisorische Alimentation erhält der Alimentirte den Besitz des Familienstandes nicht, bei der Sequestration als provisorischer Maasregel bleibt der Civilbesitz demjenigen, dem er vorher zustand, und der Sequester detinirt die Sache nur im Namen desjenigen, welchem der Besitz gebührt. Daher erlischt auch (N. 2.) jedes Provisorium *ipso jure* mit *rechtskräftiger* Entscheidung der Sache, worin es verhängt wurde, weil von nun an ein bloß vorübergehendes Mittel zur Abwendung

dung der Gefahr keinen Zweck mehr hat. Würde die Filiationsklage zum Vorthail des Kindes entschieden, so gebühren ihm kraft eines fort-dauernden Status die Alimente, und wurde sie gegen dasselbe entschieden, so fällt der Grund jedes provisorischen Unterhalts hinweg; eben so verhält es sich bei Ehescheidungen. Dafs eine provisorische Verfügung, wenn dagegen kein Rechtsmittel ergriffen, oder wenn sie in der Appellationsinstanz bestätigt wurde, rechtskräftig wird, ist nur von ihrer *provisorischen* Eigenschaft zu verstehen, welcher zufolge sie nicht nur, wie vorher bemerkt wurde, mit Entscheidung des Hauptstreits ipso jure erlischt, sondern auch wegen *Veränderung* der Umstände, welche das Provisorium veranlaßt haben, auf Verlangen des Betheiligten zu jeder Zeit abgeändert, verstärkt, vermindert oder ganz aufgehoben werden kann.

§. 8.

Insonderheit von Sequestrationen.

Sequestrationen *) kommen im Prozesse entweder als Exekutionsmittel oder als eine Sicherungsmaasregel vor, in jener Eigenschaft

*) vergl. Handbuch Band IV. Abh. LXXX.

war von ihnen im vierten Buch bei der Exekution in dieser Eigenschaft bei den provisorischen Verfügungen zu handeln. Als Sicherungsmaasregel unterscheidet sich Sequestration vom Arreste darin, daß sie über den Streitgegenstand selbst verhängt wird, wogegen bei dem Arreste eine andere Sache oder auch die Person zur Sicherung eines Anspruchs bestrickt wird.

Jede Sequestration als Provisorium ist der höchste Grad von Beschränkung der Rechte, welche dem Besitzer zustehen, sie kann daher ausser den vom Gesetze besonders benannten Fällen *) oder einem gütlichen Einverständnisse nur als höchste Ausnahme von der Regel betrachtet werden. Diesem gemäß findet bei Immobilien (N. 1.) Sequestration nur wegen bedeutender Verschlimmerungen und nach fruchtlosem Versuche gelinderer Mittel statt. Bei Mobilien (N. 2.) hingegen kann Gefahr der

*) z. B. Aufsicht über eine Weibsperson, von deren Zustand der Schwangerschaft Rechte abhängen L. 25. t. 4. D. de inspici. ventre custodiendoque partu. Reklamation der Kinder L. 3. §. 4. D. de liberis exhibendis. Bei dem Streit um eine Braut cap. 14. X. de sponsal. Bei der litigiosa possessio oben Kap. II. §. 5.

Deterioration, des Verbrauchs oder der Verschwendung sogleich eine Sequestration begründen. Uebrigens kann eine Sequestration dem Besitzer den Genuß der Früchte (N. 3.) worauf er ein Recht hat, nicht entziehen. Sequestration des Kapitals darf den Genuß der Zinsen, und die wegen Mißbrauch am Holzschlage verhängte Sequestration den Bezug des forstordnungsmässig zu schlagenden Holzes, sobald der durch Mißbrauch gestiftete Schaden ersetzt ist, nicht stören. Nur in dem einzigen Falle ist eine Ausnahme gerechtfertiget, wenn der wegen Herausgabe einer Sache samt Früchten belangte Besitzer die Früchte zu *verschwenden* *) anfängt, worunter jedoch nicht der *ordentliche* Gebrauch, sondern ein *verschwenderischer Verbrauch* zu verstehen ist, wornach denn auch eine deswegen verhängte Sequestration der Früchte nicht auf dasjenige sich er-

44*

*) Das kanonische Recht fordert mit Grund in zwei Stellen cap. 2. u. 3. de sequestratione possess. et fruct. das *Dissipare*, das römische Recht L. 21. §. 3. D. de appellat. stimmt damit überein, und Cramer Obs. Jur. Univ. Tom. IV. obs. 1141. fordert zur Sequestration der Früchte *periculum dilapidationis proximum, recens, demonstratum* ganz richtig

strecken kann, was der Besitzer hievon zum ordentlichen Gebrauche oder seinem und seiner Familie Unterhalt nothwendig hat, denn solange keine Prodigalität eintritt, behalten die Folgen des Besitzes während des Streits auch bei dem minder vermöglichen Besitzer ihre Kraft.

Viertes Kapitel.

Vom Arrestprozesse.

§. 1.

Wann ein Arrest statt finde?

Bei den Arresten begegnete ich zwei in Gesetzbüchern und unter den Rechtsgelehrten herrschenden folgenreichen Ansichten, welche mir wegen ihres Einflusses in das Ganze einer Verbesserung zu bedürfen schienen. Die meisten Praktiker sahen die Begründung eines besonderen Gerichtsstands als nothwendige Folge des Arrestes an, sie fordern daher im Richter die Absicht, durch Erkennung des Arrestes seine Gerichtsbarkeit über die Hauptsache selbst zu begründen oder zu befestigen, sie lassen den Arrest nur wegen Forderungen zu, welche jetzt

schon beigetrieben werden können, und nur bei jenem Gerichte, wo die Forderung eingeklagt werden kann, sie geben dem bekannten Termine zur Justifikation des Arrestes eine Richtung über die Grenzen des Arrestes auf Verhandlung des Rechtes selbst, worüber der Arrest gesucht wurde *). Einige neuere Praktiker hingegen handeln von der Wirkung des Arrestes hinsichtlich der Begründung eines besonderen Gerichtsstands nicht bei dem Arrestprozesse, sondern bei der Lehre vom Gerichtsstand. Weder dieser noch jener Ansicht konnte ich folgen, denn wir begegnen im täglichen Leben vielen Fällen, in welchen der Impetrant nur die Sicherstellung seines Rechts, nicht aber einen besonderen Gerichtsstand zum Zwecke seines Gesuchs hat oder haben kann, wenn er z. B. den Arrest in einer schon bei einem andern Gerichte anhängigen Sache oder bei einem Gerichte verlangt, welches die zur Entscheidung der Hauptsache erforderliche Gattung von Gerichtsbarkeit nicht hat: wir begegnen aber eben sovielen Fällen, in welchen der Impetrant nebst der Sicherstellung seines Rechts zugleich den besonderen Gerichtsstand des Ar-

*) Statt aller sehe man Danz Grundsätze der summar. Proz. §. 96. und 100.

restes bezieht, wenn er ihn z. B. gegen einen Ausländer sucht, der in seinem Lande hinreichendes Vermögen besitzt, oder für die Forderung sogleich Sicherheit leistet. Um nun jede Einseitigkeit zu vermeiden, handelte ich zuerst (§. 1 — 7.) vom Arreste als Sicherungsmittel unabhängig von der Wirkung des besonderen Gerichtsstands, weil dieses der Zweck eines jeden Arrestes und selbst eine Vorbedingung des besonderen Gerichtsstands ist; sodann gieng ich (§. 8.) zu dieser eigenen Wirkung des Arrestes über; diese Anordnung des Ganzen gewährte mir noch den Vortheil, daß ich über die Zulässigkeit des Arrestes allgemeinen Grundsätzen ohne Beschwerde folgen konnte, welcher man begegnet, wenn man jedem Arreste die Wirkung des besonderen Gerichtsstands über das durch den Arrest zu sichernde Recht beilegen will.

Der Arrest überhaupt ist ein Mittel zur Sicherstellung *) einer *Forderung*, unter wel-

*) Daher darf die Beschlagnahme eines dem schon verurtheilten Schuldner angefallenen Vermögens zur *Exekution* eines rechtskräftigen Erkenntnisses nicht nach den Grundsätzen von Arresten, sondern lediglich nach den Vorschriften über Exekution bemessen werden.

chem Namen ich alle persönlichen Klagen im Gegensatz der Real- und possessorischen Klagen verstehe, gegen die Gefahr des Verlustes oder der erschwerten Rechtsverfolgung; in dieser Eigenschaft kommen bei ihm die Grundsätze über provisorische Verfügungen zur Anwendung, von denen er eine besondere Art ausmacht. Gefahr, das Recht entweder ganz zu verlieren, oder mit grossen Beschwerden geltend zu machen, ist der Grund eines jeden Arrestes, und der Gesetzgeber muß eben jene Gefahr in besonderer Anwendung auf Arreste näher bestimmen. Einige Fälle sind nun so beschaffen, daß ohne Unterschied zwischen In- und Ausländern die Gefahr gleich stark zur Sicherungsmaasregel gegen dieselbe auffordert; mit diesen (N. 1.) machte ich den Anfang, und bemerke nur, daß der Legatar gleiche Rechte wie der Erbschaftsgläubiger (lit. b.) und daß der Gerichtsstand einer geführten Verwaltung wegen Identität des Grundes gleiche Wirkungen wie das Forum contractus (lit. c.) hat. Bei den übrigen Fällen muß zwischen In- und Ausländern unterschieden werden, denn der Staat hat überwiegende Gründe, bei seinen Unterthanen die Regel fortwirken zu lassen; gegen Inländer konnte also (N. 2.) keine Ursache, als die Gefahr die Forderung zu verlieh-

ren, und selbst die Veränderung des Wohnsitzes oder des Aufenthalts oder die Hinwegschaffung des Vermögens von einem Orte in den andern nur dann als Grund des Arrestes anerkannt werden, wenn es ausser Landes (lit. c.) geschieht. Gegen Ausländer hingegen muß das Gesetz zum Vorthail seiner Unterthanen (N. 3.) Arreste mit gröfserer Ausdehnung zulassen; denn sollten auch alle auswärtige Staaten von einer Vorliebe für ihre Bürger bei der Justizpflege ganz sich losgerissen haben, so bleibt es dennoch eine grofse Erschwerung, nach fremden Gesetzen vor ausländischen Gerichten durch alle Instanzen einen Prozeß zu führen, noch gröfsere Beschwerden ergeben sich dort bei der Vollstreckung; daher liegt schon in der Eigenschaft eines Ausländers die Gefahr erschwerter Rechtsverfolgung als ein zureichender Grund des Arrestes. Indessen wurde auch hier die rechtmässige Grenze eingehalten, indem a) nur Inländer gegen Ausländer dieses Recht haben, daher ein Ausländer gegen den Andern keinen Arrest verlangen kann, wenn er nicht durch eine von den N. 1. angeführten Ursachen begründet wird; indem b) selbst Inländer gegen einen Reisenden, der redlicher Weise auf Kredit gehandelt hat, solange der Zahlungstermin nicht abgelaufen ist,

sich dieses Rechts nicht bedienen können, endlich c) die gesandtschaftliche Befreiung ausdrücklich vorbehalten wurde.

§. 2.

Gegenstand des Arrestes.

Die Regeln über Sachen und Personen, welche mit Arrest belegt werden können, sind einleuchtend und erschöpfend. Fremdes Eigenthum ist offenbar kein Gegenstand des Arrestes, und wie ferne Alimente und Besoldungen mit Arrest belegt werden können, ist nach dem Kapitel von der Exekution zu bemessen. Personalarrest bei *aktiven* Staatsdienern würde dem Dienste schaden, bei Pensionisten und Quieszenten fällt dieser Grund hinweg. Ausländer können sich gegen den Personalarrest nur dann auf ein Moratorium berufen, wenn dieses auch von dem Regenten des Landes, worin der Arrest gesucht wird, die Bestätigung erhalten hat. Ob Personen und Güter der Handelsleute während der Messe von Arresten frei zu zählen seyen, hängt zu sehr von Handelsverhältnissen ab, als dafs ich diese Freiheit allgemein vorschlagen konnte; mir scheint, dafs sie nur auf wenige Handelsplätze paßt, wo grofse Messen, wie in Frankfurt und Leipzig gehalten werden.

§. 3.

Wer kann den Arrest erkennen?

Die Erkennung des Arrestes ist eine *richterliche* Funktion, denn sie muß das Resultat einer Subsumtion unter das Gesetz seyn, sie gehört also an die *Gerichte*, und zwar bei nicht dringender Gefahr (N. 1.) an jenes Gericht, welches sonst über das zu sichernde Recht kompetent ist. Liegt der Gegenstand des Arrestes in einem fremden Gerichtsbezirk, so wird der Arrest mittelst Requisition vollstreckt, ein Fall, der sich bei Kapitalien, Legaten u. d. öfters ereignet. Bei dringender Gefahr (N. 2.) muß man natürlicherweise die Hülfe da suchen, wo sie am nächsten ist, und in dergleichen dringenden Fällen können Arreste, ungeachtet sie zur streitigen Gerichtsbarkeit gehören, auch von Gerichten erkannt werden, welche nur die unstreitige Gerichtsbarkeit haben, jedoch müssen sie die weiteren Verhandlungen über den Arrest nach gehobener Gefahr dem für streitige Rechtssachen angeordneten Gerichte überlassen. In Defraudationsfällen (N. 3.) steht die Arrestverhängung den einschlägigen administrativen Behörden zu. Die Frage: ob die Polizeibehörde einen Arrest in Civilrechtssachen verhängen dürfe, konnte nicht

mit Stillschweigen übergangen werden. Im Moment der *äussersten Gefahr*, wo ein Schuldner eben flüchtig gehen, oder ein Fremder eben abreisen will, kann oft nur die Polizei die Gefahr abwenden, denn die von der Rechtspflege untrennbaren Formen verhindern zuweilen die der äussersten Gefahr angemessene schnelle Hülfe; in diesem Momente (N. 4.) kann und soll demnach die Polizei *provisorisch* einschreiten, um den Flüchtigen oder Fremden solange aufzuhalten, bis das Gericht über den Arrest erkennen kann; aber *mehr* darf die Polizei nicht, denn *als Polizei* versteht sie nichts von einem Wechsel, nichts vom Civilrecht, nichts vom Civilprozeß, sie kann also civilrechtlich gar keinen Arrest erkennen. Eine Folge davon ist, daß nicht nur sie den Impetranten nach gehobener Gefahr zum Erkenntniß des eigentlichen civilrechtlichen Arrestes an das Gericht verweisen, sondern auch daß das Gesetz selbst den Zeitpunkt bestimmen muß, nach dessen Ablauf der polizeilich verhängte Arrest *ipso jure* erloschen ist. Länger als 24 Stunden darf er auf keinen Fall fort dauern, und ich würde den Zeitraum noch abgekürzt haben, wenn es ohne viele Komplikationen geschehen könnte.

§. 4.

Wie der Arrest vollstreckt werde.

Die Art und Weise, den Arrest zu vollstrecken, konnte nicht unbestimmt belassen werden, indessen bedürfen die vorliegenden Bestimmungen keiner besonderen Rechtfertigung.

§. 5.

Verfahren bei dem Arreste 1) Arrestgesuch.

Das Verfahren beginnt mit dem Arrestgesuche, welches mündlich oder schriftlich angebracht werden kann. Dasselbe muß (N. 1.) eine *Bescheinigung* der Forderung und der Gefahr, soferne diese bei Ausländern nicht schon aus dieser Eigenschaft allein (§. 1.) hervorgehet, enthalten und die Art des Arrestes angeben. Was hier als Bescheinigung gelte, ist im Nachsatz (Num. 2.) bestimmt. Bei unbestimmbaren Forderungen, z. B. bei einem Verwalter, der von einigen Jahren mit der Rechnungsablage im Rückstand ist, muß die Forderung eben wegen unterlassener Rechnungsablage als bescheinigt angesehen und das Quantum derselben approximativ nach dem möglichen Rechnungsreste bestimmt werden. Indessen ist öfters die Gefahr (N. 3.) so nahe, daß die Bescheinigung der Forderung mit dem

Gesuche nicht sogleich beigebracht werden kann; hier muß der Impetrant hinreichende Sicherheit leisten, im Verhältniß zu dem Schaden und den Kosten, welche der Arrest dem Impetraten verursachen kann. In Ermangelung anderer Mittel kann der Impetrant die Kaution durch Arrest seiner eigenen Person aber nur dann leisten, wenn er eine bekannte und unverdächtige Person ist.

§. 6.

2) *Richterliche Verfügung auf das Arrestgesuch.*

Die Verfügung des Richters auf dieses Gesuch richtet sich nach den Bestimmungen über provisorische Verfügungen. Findet der Richter das Gesuch gegründet, so wird der Arrest erkannt und sogleich vollstreckt, dabei aber auch ein besonderer Termin zur Justifikation des Arrestes anberaumt. Von Appellationen gegen das den Arrest abschlagende oder erkennende Dekret gilt dasjenige, was hierüber im vorhergehenden Kapitel §. 4. u. 5. gesagt wurde.

§. 7.

3) *Termin zur Justifikation des Arrestes.*

Bei dem Arreste kommt es auf zwei Punkte an, erstens auf die Rechtmässigkeit des Arrestes, zweitens auf die Rechtmässigkeit der

Forderung, zu deren Sicherheit er verlangt wurde; weil nun die Sicherheit als ein Accessorium hinwegfällt, wenn es an der Forderung als dem Principale mangelt, so nahmen Praktiker und Gesetze von daher den Anlaß, in dem Termine zur Justifikation des Arrestes auch den Rechtsbestand der Forderung selbst verhandeln zu lassen, und auf diesem Wege den Satz aufzustellen, daß bei dem Gerichte, welches den Arrest erkannt hat, auch die Forderung ausgestritten werden müsse; daß also die Begründung des *Fori arresti* (Buch I. Kap. II. §. 17.) *ipso jure* aus jedem Arreste folge. Allein mich bestimmten viele Gründe, den Justifikationstermin auf Rechtfertigung des Arrestes als solchen ohne Verhandlungen über den Rechtsbestand der Forderung zu beschränken, insbesondere weil a) nicht alle Arreste den besonderen Gerichtsstand zur Folge haben; ferner weil b) über die Statthaftigkeit des Arrestes immer summarisch zu verhandeln, diese Verfahrensart aber nicht immer dem Streite über die Forderung selbst angemessen ist. So hat denn dieser Termin (N. 1.) nur die Statthaftigkeit des erkannten Arrestes zum Zwecke, jedoch erlaubt ich den Partheien, sich freiwillig in den Streit über die Hauptsache einzulassen, wo alsdenn die Grundsätze vom

prorogirten Gerichtsstand einschlagen. Bleibt in diesem Termine der Impetrant aus, so ist es (Num. 2.) vollkommen gerecht, daß der Arrest sogleich aufgehoben wird, denn von ihm muß das Gesetz bei dieser ausserordentlichen Rechtshülfe die grösste Pünktlichkeit fordern; und eben so gerecht ist es, den Ungehorsam des Impetraten (N. 3.) als eine Anerkennung der Rechtmässigkeit des Arrestes zu betrachten. Soweit der Arrest Sicherstellung der Forderung bezieht, muß es dem Impetranten gleich gelten, wie der Impetrat ihn sicher stellen wolle, nur muß die Sicherheit (N. 4.) hinreichend seyn, und die geleistete Sicherheit hebt die übrigen Folgen des Arrestes nicht auf, da sie nur ein Surrogat desselben ist. Was nun der Impetrat gegen die Rechtmässigkeit des erkannten Arrestes *als solchen* einzuwenden hat, das muß er sogleich (N. 5.) in diesem Termine vorbringen, z. B. Mangel an Bescheinigung der Forderung oder an Gefahr oder hinsichtlich der Art des Arrestes, dagegen ist der Impetrat nicht verbunden, Einreden gegen die Forderung selbst vorzubringen, eben weil der Termin nur die Rechtfertigung des Arrestes, unabhängig vom Grunde der Forderung zum Zwecke hat, daher verliert er also durch den Nichtgebrauch oder durch seinen Ungehör-

sam in diesem Termine (N. 3.) keine zerstörende Einrede für den folgenden Hauptstreit über die Forderung selbst; jedoch muß man ihm verstaten, solche Einreden vorzubringen, wenn sie die ganze Forderung entkräften und sogleich ohne Eideszuschreibung oder Zeugen dargethan werden können, weil es ungerecht wäre, Jemanden mit Arresten zu belästigen, der durch liquide Beweise darthun kann, daß seinem Gegner kein Recht zustehet. Das Erkenntniß (N. 6.) beschränkt sich gleichfalls auf den Arrest, und die Bestimmungen über Appellation gegen dieses Urtheil (N. 7. 8.) bedürfen keiner Erläuterung.

§. 8.

4) *Wirkung des Arrestes zur Begründung eines besonderen Gerichtsstands.*

Es ist von hohem Belange, aus dem Arreste einen besonderen Gerichtsstand in Ansehung der Forderung selbst seltner, als die Gesetze bisher thaten, folgen zu lassen. Ausnahmen von der Regel soll man eher einschränken als erweitern, und nach gehobener Gefahr hat man weniger Ursache, den Streit über die Forderung von dem ordentlichen Richter abzuziehen. Aus diesen Gründen habe ich das vormals so begünstigte Forum arresti sehr beschränkt,

schränkt, und nicht als Regel, sondern vielmehr als Ausnahme aufgestellt, wie es denn ohnehin bei rechtshängigen Sachen und in jenen Fällen hinwegfällt, wo dem, den Arrest erkennenden Richter die Gattung der Gerichtsbarkeit mangelte, zu welcher die Forderung gehört. Gegen Ausländer (N. 1.) gestehe ich nun aus den oben (§. 1.) angeführten Gründen zufolge dem Arreste die Wirkung des besonderen Gerichtsstandes unbeschränkt zu, gegen Inländer aber nur im Falle einer Prorogation (§. 7.), desgleichen wenn der Impetrat kein Domizil im Lande hat, weil man nicht verbunden seyn kann, einem solchen Menschen an den Gerichtsstand seines Aufenthalts zu folgen. Die Fälle, wo der Arrest bei dem aus einem Kontrakte oder einer geführten Verwaltung kompetenten Gerichte erlangt wurde, konnte ich hier nicht anführen, weil bei ihnen schon aus diesen Gründen das Arrestgericht über die Forderung kompetent ist, ohne dafür einer Ableitung aus dem Arreste zu bedürfen. Zweckmässig schien es mir, in jenen Fällen, wo der Arrest den besonderen Gerichtsstand hinsichtlich der Forderung begründet, dem Impetranten (N. 2.) zur Anstellung der Klage, wenn anders die Verfallzeit der Forderung schon eingetreten ist, innerhalb eines

kurzen Termins zu verbinden, doch nur unter dem Rechtsnachtheil, daß ansonst der Arrest sofort aufgehoben wird. Für andere Fälle hielt ich diese Bestimmung für entbehrlich, da der Impetrat, wenn ihm an Endigung der Hauptsache liegt, sich der Aufforderung zur Klage bedienen kann. Daß übrigens (N. 3.) der Streit, wenn der Impetrant die Klage anstellt, in der, dem Gegenstand an sich gemässen Prozeßart verhandelt werde, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung.

Fünftes Kapitel. Von dem Wechselprozesse.

§. 1.

Allgemeine Bestimmungen.

Wechsel sind die Seele des Handels, und die beiden Prozeßarten, der *Wechselprozeß* für den öffentlichen Verkehr im Handel, dann der *Exekutivprozeß* für den stillen Verkehr im gemeinen bürgerlichen Leben sind die zwei Grundsäulen des *Personalkredits* im Staate, wie wohlgeordnete *Hypothekenbücher* die Grundsäule des *Realkredits*, eine passende *Exekutions-*

tionsordnung bildet den Schlussstein. In diesen Stücken muß vollendete Harmonie und angemessene Strenge herrschen, wenn die Legislation zur Belebung des Kredits, dessen Sinken in vielen Staaten kaum mehr geläugnet werden kann, thun will, was ihres Amtes ist.

Bei dem Wechselprozesse mußte ich den Gesetzgebungen anderer Staaten *) soviel möglich treu bleiben, denn eben dieses charakterisirt den Handel, daß er sich in die Grenzen eines Landes nicht einschränkt, und daß jede Verschiedenheit der Gesetze nachtheilig auf den Staat einwirkt, der sich von den übrigen trennen will. Unter allen Mustern schien mir der preussische Wechselprozeß am gelungensten, und ich bekenne dankbar, daß ich ihm grosstheils gefolgt bin.

Der Wechselprozeß muß im Ganzen und in allen seinen Theilen auf die schleunigste Behandlung und auf die prompteste Exekution

45 *

*) v. Zimmerl vollständige Sammlung der Wechselgesetze aller Länder und Handelsplätze in Europa nach alphabetischer Ordnung. Wien 1809 — 13. III Bände in 4. ein höchst schätzbares Werk.

berechnet seyn; dieses fordert die Natur des Handels; für welchen die Wechsel die Stelle des Geldes vertreten, und der allgemeine Kredit, ohne welchen kein Handel, so wie ohne Wechselrecht kein ausgebreiteter Handel bestehen kann. Die Zögerung eines Wechselschuldners kann viele andere Personen in das Verderben stürzen, wenn sie jener Zahlung zur Erfüllung ihrer Wechselverbindlichkeiten bedürfen, und aus Mangel derselben ihren Kredit zerstört sehen müssen. Hier darf weder in den Gesetzen noch bei den Gerichten Mitleid oder Nachsicht herrschen, die man einem andern gemeinen Schuldner oft gönnen mag. Dehnt das Gesetz die Wechselfähigkeit nicht über die Gebühr aus, beschränkt es sie auf berechnete *Kaufleute* und *Fabrikanten*, welche ein *Handelsbuch* und eine *Handelsfirma* führen, überträgt man sie nicht auf *Gewerbsleute*, auf welche das Wechselrecht in keiner Rücksicht paßt, so kann Strenge des Gesetzes und der Gerichte bei Wechseln dem Ganzen nur nützen, und selbst dem soliden Kaufmann nicht schaden: wissen die Kaufleute, das Gesetz lasse mit sich nicht spielen, so werden sie mit Wechseln nicht leichtsinnig handeln, und keinen Wechsel ausstellen, den sie zur Verfallzeit nicht decken können. Dafür spricht

auch die Erfahrung: man frage alle Wechselgerichte, und man wird erfahren, daß von soliden Kaufleuten Wechselprozesse selten, niemals aber über nicht geleistete Zahlung einer wahren unstreitigen Wechselschuld vorkommen, die größte Anzahl der Wechselprozesse kommt von den Gewerbsleuten her, die sich unter Wechselformen für Gewerbsschulden verbindlich gemacht haben, oder von Kaufleuten, welche ohne Solidität und hinreichende Fonds sich in gewagte Geschäfte über ihre Kräfte einlassen oder bei der Abnahme ihres Vermögens ihren Sturz durch gefährliche Manipulationen mit Wechseln noch auf einige Zeit in vergeblicher Hoffnung glücklicher Spekulationen aufzuhalten suchen. Soll es mit dem Kredit im Ganzen besser werden, so muß man damit anfangen, die Wechselfähigkeit auf Kaufleute und Fabrikanten einzuschränken und allen Gewerbsleuten zu entziehen, für diese aber zur Befestigung ihres Realkredits ein richtiges Hypothekensystem mit öffentlichen Hypothekenbüchern und zur Befestigung des Personalkredits eine gemessene Bestimmung des Exekutivprozesses und eine strenge Exekutionsordnung einzuführen. Nach dieser Ansicht ist der Wechselprozeß normirt.

Um Wiederholungen zu vermeiden, schickte ich einige allgemeine Bestimmungen voraus; die ersten (N. 1. 2.) gründen sich theils in der Nothwendigkeit, alle Hindernisse einer schleunigen Rechtspflege bei Wechseln hinwegzuräumen, theils in der Gefahr, welche bei Wechseln oft durch den kleinsten Verzug bereitet wird; die folgende Bestimmung (N. 3.) rechtfertiget sich durch die im öffentlichen Verkehr jedes Kaufmanns und Fabrikanten liegende Verbindlichkeit, ein Comtoir und in demselben einen Bestellten zu haben, an welchen Ladungen insinuirt werden können. Die Kürze der Termine in Wechselsachen (N. 4.) und die Unzulässigkeit einer Fristverlängerung, die äussersten Nothfälle ausgenommen, gründet sich darauf, weil bei Wechseln mehr als bei jeder anderen Forderung ein Termin zur Verhandlung als eine Zahlungsfrist erscheint, die mit der Natur des Wechselgeschäfts unvereinbar ist.

Die Eigenthümlichkeiten des Wechselrechts und des Wechselprozesses machen es übrigens räthlich, dafür eigene Gerichte (*Wechsel- und Merkantilgerichte*) anzuordnen, und dabei auch einige Mitglieder aus dem Handelsstande anzustellen. In dieser Voraussetzung ist es nothwendig, zu bestimmen, daß auf Wechselrecht,

wenn nämlich der Kläger die Vortheile des Wechselrechts und des Wechselprozesses erhalten will, nur vor Wechselgerichten (N. 5.) geklagt werden kann, andere Gerichte aber niemals nach Wechselrecht verfahren, sondern, wenn bei ihnen aus einem Wechsel Klage gestellt wird, nur den Exekutivprozeß einleiten dürfen, vorausgesetzt, daß der Wechsel die hiezu nothwendigen Eigenschaften an sich trägt. Diese Bemerkung ist desto wichtiger, da einige Wechselgerichte glauben, aus Wechseln könne auch dann, wenn der Gläubiger die Vortheile des Wechselprozesses nicht erhalten will, selbst dann, wenn er an der Qualifikation seines Dokuments zur Wechselklage zweifelt, doch nur vor dem Wechselgerichte geklagt werden: eine höchst sonderbare Meinung, denn die Strenge des Wechselrechts ist zum Vortheil des Gläubigers eingeführt, auf welchen er, wie auf jeden andern Rechtsvortheil verzichten kann, und eben dadurch wirklich verzichtet, daß er seine Klage nicht bei dem Wechselgerichte anstellt, welches allein nach dem bevorzugten Rechte und Prozesse der Wechsel zu erkennen befugt ist.

Um die prompte Justizpflege in Wechselsachen vollkommen sicher zu stellen, mußte

auch den Gerichten selbst (N. 6.) ein enger Termin zur Erledigung der Wechselsachen vorgeschrieben werden, denn das Gesetz wäre inkonsequent, wenn es der Parthei keine Fristverlängerung verstatten, dem Richter aber erlauben wollte, eine Wechselsache nach Belieben unerledigt zu lassen, und hierdurch auf indirektem Wege der Parthei eben jene Frist, oft noch auf längere Zeit zu ertheilen. Aus diesem Grunde mußte ich auch auf die Ausfertigung Rücksicht nehmen, denn nicht der gefasste, sondern der eröffnete Beschluß des Richters bringt die Sache zum Ende, und das Gesetz darf noch weniger seine Handhabung vom Gutfinden der Subalternen und Kanzleien auf Kosten des öffentlichen Kredits abhängig machen.

§. 2.

Wann der Wechselprozeß statt findet?

Auch Wechselstrenge kann nur aus Wechseln geklagt werden, welche mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehen sind; worin diese bestehen, muß aus dem Civil- oder Handelsgesetzbuch entnommen werden. Die Wechselklage findet ferner nur gegen wechselfähige Personen statt; hiebei kommt es auf die Wechselfähigkeit des Beklagten, nicht aber auf die

Wechselfähigkeit des Klägers an. Mangelhafte Wechsel oder vollkommene Wechsel gegen nicht wechselfähige Personen können höchstens eine Exekutivklage begründen, welche nicht bei dem Wechselgerichte, sondern bei dem ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten anzustellen ist.

§. 3.

Von der Wechselklage.

Wenn ich auch mündliches oder protokollarisches Verfahren bei Wechseln für zweckmässiger ansah, so schien es mir doch besser, die Klage sowohl schriftlich als mündlich zuzulassen, weil durch Uebergabe einer schriftlichen Klage dem Wechselgericht die Mühe der Aufnahme eines Protokolls und seiner Abschrift erspart wird. Alle zur Wechselklage gehörigen Urkunden müssen mit der Klage wenigstens *in Abschrift* vorgelegt werden, die Vorlage der *Originalien* bei Anstellung der Klage habe ich nicht gefordert, weil sie zur Klage vor der Hand nicht nothwendig ist, und mir jede Bestimmung bedenklich schien, welche den Wechselgläubiger zwingt, seine Originalien öfter aus der Hand zu geben.

§. 4.

Verfügung auf die Klage.

Dem Wechselprozesse halte ich nur ein summarisches protokollarisches Verfahren anpassend, denn das schriftliche Verfahren bringt allemal, auch bei grosser Abkürzung der Termine und bei aller Beförderung in der Kanzlei einen Aufenthalt hervor, und der Wechselprozeß muß kurz seyn. Jede Uebergabe einer Schrift bis zum Anfang des neuen Termins durch die Ausfertigung und Insinuation einer Ladung bewirkt einen Aufschub von drei Tagen, und läßt man Replik und Duplik im schriftlichen Verfahren mit achttägigem Termine laufen, so verstreichen darüber zwanzig Tage, welche durch protokollarisches Verhandeln gewonnen sind, vorausgesetzt, daß es bei dem §. 1. n. 4. angeführten Verbote der Fristverlängerung bleibt. Diesem gemäß muß, wenn der Wechselprozeß nicht unzulässig (N. 1.) ist, die richterliche Verfügung auf die Wechselklage eingerichtet werden. An den Beklagten (N. 2.) erfolgt eine Mittheilung der Klage samt Beilagen, und zwar bei mündlich vorgebrachter Klage durch eine Abschrift des hierüber abgehaltenen Protokolls, sodann die Auflage an den Beklagten, innerhalb acht Tagen den Kläger zu befriedigen, oder an diesem

(nach dem Monatstage zu bestimmenden) Termine bei einer Tagsfarth zur schlüssigen Verhandlung zu erscheinen, womit denn zugleich die Androhung des Präjudizes verbunden wird, daß ansonst der Beklagte Wechselmässig verurtheilt und exequirt werde. An den Kläger (N. 3.) ergeht eine Ladung, in diesem Termine zur Vorlage der Urschriften und zur schlüssigen Verhandlung der Sache zu erscheinen.

§. 5.

Kontumazialverfahren.

Nach dem angeführten Gesichtspunkte müssen die Folgen des Ungehorsams bei diesem Termine zwar mit Strenge, jedoch so bestimmt werden, daß weder Kläger noch Beklagter an seinen Rechten mehr verliert, als eben die Natur des Wechsels fordert. Der Kläger (N. 1.) wird also nicht mit dem Verluste der Forderung, sondern nur mit dem Verluste des Wechselrechts belegt, der Wechsel verliert die Vorzüge, welche ihm als Wechsel zustanden, und geht in eine gemeine Schuldverschreibung über, woraus übrigens noch immer exekutiv geklagt werden kann, wenn er die hiezu nothwendigen Eigenschaften an sich trägt. Bei dieser Kontumazialfolge mußte ich vom Wechsel

selbst sprechen, weil sonst der Kläger durch Abtretung desselben an eine andere Person den Beklagten noch immer einer Wechselklage unterwerfen, und durch diese Manipulation das ganze Präjudiz vereiteln könnte. Der Beklagte (N. 2.) wird ebenfalls nicht ganz, sondern nur im Wechselprozesse sachfällig, und so angesehen, als ob seine Einwendungen (§. 7. n. 2.) bloß im Wechselprozesse für unzulässig erkannt worden wären, er muß also den Kläger zahlen, oder er wird dazu nach Wechselstrenge angehalten, aber seine Nachklage bleibt ihm durch das in *contumaciam* ergangene Urtheil ungekränkt und kraft des Gesetzes vorbehalten. Uebrigens erfolgt das verurtheilende Erkenntniß in *contumaciam*, ohne daß die Produktion der Originalien nothwendig ist, denn diese geschieht (§. 6. num. 4.) nur alsdenn, wenn der Beklagte die Aechtheit der zur Klage gehörenden Urkunden abläugnet, sie ist also ganz entbehrlich, wenn in *contumaciam* des Beklagten die Dokumente für den Wechselprozeß als anerkannt betrachtet werden.

§. 6.

Verhandlungen in dem Termine.

Der Termin ist zur vollständigen Verhandlung des Wechselprozesses bestimmt, eine ei-

gene Vorladung zum Versuch der Güte hielt ich deßwegen für zweckwidrig, da hieraus leicht Aufzüglichkeiten entstehen, und der Beklagte ohnehin einen Zeitraum von acht Tagen zu einer aussergerichtlichen Ausgleichung vor sich hatte. Im Termine selbst mag der Richter die Güte unter den Partheien versuchen, aber er darf nicht vergessen, daß dieser Versuch nicht Zweck des Termins ist, er muß also, wenn sich die Partheien nicht bald zu einem Vergleiche annähern, daran nicht viele Zeit verlieren, sondern sogleich zu den Verhandlungen schreiten. Da der Kläger seine Klage schon angebracht hat, so fängt die Verhandlung, wenn nicht der Kläger noch etwas nachträglich zu den Akten bringt, mit der Antwort des Beklagten an. Bei Wechseln kann über die Zulässigkeit der Klage kein besonderer Streit zugelassen werden, weil dieser zu sehr mißbraucht werden könnte, um die notwendige Wechselstrenge zu vereiteln, daher ist das Gebot (N. 1.) die Einlassung auf die Wechselklage mit solchen Einreden zu verbinden, von selbst gerechtfertiget. Einer besondern Antwort auf das Faktum der Klage bedarf es in so ferne nicht, als dasselbe in dem Wechsel, den Indossaments, den Wechselprotesten und den übrigen zur Klage gehörigen

Urkunden liegen muß, folglich die Erklärung des Beklagten über diese Dokumente (N. 2.) die Stelle der Einlassung vertritt. Alle zerstörlische Einreden (Num. 3.) müssen auch hier, wie im ordentlichen Prozesse, auf einmal vorgebracht werden; welche Einreden zulässig seyen, gehört in das Civil- oder Handelsgesetzbuch, und der Entwurf, indem er sowohl für die Erfordernisse des Wechsels (§. 2.) als für die dagegen zulässigen Einreden auf jene Gesetzbücher verweist, stößt gegen die Gesetze keines Landes an. Einheimisch im Prozesse hingegen ist die Bestimmung, daß die Einreden, soweit ihr Beweis dem Beklagten obliegt, sogleich durch Urkunden oder Eidesdelation bewiesen werden müssen. Von Urkunden ist es unzweifelhaft, da sie von jeher als *probationes incontinenti liquidæ* gegolten haben, aber der Eidesdelation hat man diese Eigenschaft *) angestritten, doch lassen selbst die preussische und die baierische Wechselordnungen die Eidesdelation im Wechselprozesse zu; auch stehet gar kein Grund entgegen: denn so gut der Diffessionseid statt findet, eben so gut kann auch der zugeschobene Eid zugelas-

*) Danz ordentl. Proz. §. 187. Sch. d. Mein Handb. Band II. Abh. LI.

sen werden, um so mehr, als dem Kläger selbst durch die Eidesdelation nicht zu nahe getreten wird, denn hat er Recht, so kann er sein Ziel nicht schneller und leichter als eben durch seinen Eid erreichen. Bei Ableugnung der Urkunden muß der Kläger diese in Urschrift vorlegen, und dann wird, wie bei dem Urkundenbeweise, jedoch mit abgekürzten Terminen (§. 1.) verfahren. Hierdurch habe ich dem Kläger die Befugniss eingeräumt, sich aller Mittel zum Beweise der Aechtheit zu bedienen *), welche im ordentlichen Prozesse statt finden. Dieses macht zwar einen Aufenthalt im Verfahren, aber der Aufenthalt schadet nur dem Kläger, zu dessen Vorthail das schnellere Verfahren eingeführt ist, und kann nicht berücksichtigt werden, wenn er diesen Vorthail geringer achtet als die Gefahr, seine ganze Forderung vom Diffensionseide eines leichtsinnigen oder bösen Schuldners abhängen zu lassen. Anders verhält es sich mit der Gewissensvertretung bei dem zugeschobenen Eide, diese habe ich (Num. 8.) nicht zugelassen, weil eine Parthei, welche sogar ihr Gewissen mit Be-

*) im Texte bitte ich den Druckfehler S. 276. Zeile 2. zu verbessern, und statt "*alle dort*" zu lesen: "*sich aller dort.*"

weisen vertreten könnte, keinen Anstand nehmen darf, den Eid zu leisten, und weil dem Wechselprozeß die mit jedem Zeugenbeweise verbundenen Weitläufigkeiten durchaus nicht anpassen.

§. 7.

Urtheil.

Die Abfassung und Verkündung des Urtheils richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, hierüber war also nichts zu sagen; desto wichtiger hingegen die Aufgabe, die Wirkungen des Urtheils im Wechselprozesse genau zu bestimmen. Derselbe ist nämlich gemischter Natur, und kann unter den Partheien bald einen peremptorischen bald einen bloß provisorischen Zustand herstellen, je nachdem unter ihnen das ganze Recht ohne Beschränkung auf die Eigenthümlichkeiten des Wechselprozesses und ohne Rückhalt einer Nachklage oder Nachforderung, oder nur das Recht in Ansehung des Wechselprozesses verhandelt wurde, dort also der Kläger oder Beklagte gar kein Recht in keiner Prozeßart mehr hat, hier aber Kläger oder Beklagter nur darum im Wechselprozesse unterliegt, weil seine Gründe in *dieser* Prozeßart unwirksam sind, ungeachtet sie in einer anderen Prozeßart für ihn entscheiden können.

können. Es ist z. B. keinem Zweifel unterworfen, daß ein Beklagter, welcher im Wechselprozesse die Einrede der Zahlung oder Kompensation bewiesen, oder den Wechsel eidlich abgeläugnet hat, nicht bloß für den Wechselprozeß, sondern für jede Prozeßart und für alle Zukunft, also peremptorisch, von der Klage losgesprochen ist. Eben dieses tritt bei dem Kläger ein, welcher die Aechtheit des Wechsels oder die Zahlung der zur Kompensation vom Beklagten angeführten Forderung bewiesen hat. Dagegen ist der Beklagte, welcher die Einrede nicht auf eine im Wechselprozeß zulässige Art beweisen konnte, oder eine in dieser Prozeßart überhaupt unzulässige Einrede vorbrachte, mit derselben zwar im Wechselprozesse definitiv abgewiesen, dennoch aber berechtigt sie in einer andern Prozeßart im Wege der Nachklage noch geltend zu machen. Das erste bedarf als Regel keiner ausdrücklichen Bestimmung, und ist ohnehin durch den Gegensatz deutlich genug anerkannt; nur das zweite fordert eine genaue Zergliederung, und die hier gemachten Bestimmungen (Num. 1 — 3.) sind durch den angezeigten Gesichtspunkt hinreichend gerechtfertigt. Den Schluss des Urtheils (N. 4.) muß den Befehl zur Zahlung innerhalb 24 Stunden bei Vermeidung der

Wechselvollstreckung enthalten, um einen besonderen Zahlungsbefehl entbehrlich zu machen, und hierdurch das Verfahren abzukürzen.

§. 8.

Rechtsmittel gegen das Urtheil.

Bei der Kürze des Termins zur Appellation und bei der angenommenen Beschränkung auf *eine* höhere Instanz konnte ich derselben die Suspensivkraft zugestehen.

§. 9.

Vollstreckung des Urtheils.

Die Exekution auf Wechselschulden mußte ich ihrer Eigenthümlichkeit wegen von der Exekution im Allgemeinen (Buch IV. Kap. V.) trennen und mit dem Wechselprozesse verbinden. Sie soll pünktlich erfolgen, und mit Strenge betrieben werden, denn jede Gelindigkeit oder jedes der Chicane geöffnete Feld zerstört den Kredit und befördert Fallimente. Mag auch bei dieser Strenge der Einzelne Schaden leiden, das Ganze kann nur dadurch erhalten werden. Nach vielen Gesetzen waren Wechselprozesse, die bei der ersten Instanz viele Monate lang herumgezogen wurden, gar keine Seltenheit. Dergleichen böse Schuldner suchen das Ende des Prozesses auf alle erdenk-

liche Art hinaus zu schieben, zahlen Advokaten und Gerichtstaxen, um sich Galgenfristen zu erkaufen, verschleppen mittlerweile ihr Vermögen, betrügen noch andere ehrliche Leute und am Ende bricht ein Banquerout aus, bei welchem die Gläubiger oft nicht zwanzig Prozent erhalten. Ein wechselfähiger, vorzüglich bei zweckmässiger Beschränkung der Wechselfähigkeit, der Wechsel ausstellt oder acceptirt, weiß voraus, daß und zu welcher Zeit er sie bezahlen muß; sorgt er nicht für die Deckung, so verdient er keine Schonung, und ein *solider* Kaufmann findet bei momentanen Verlegenheiten, wenn er auch dafür keine anderen Mittel weiß, Unterstützung bei andern Kaufleuten, deren eigener Vortheil es fordert, keinen soliden Kaufmann fallen zu lassen; für die andern Schwindler und Glücksritter ist nicht Schade, sie fallen doch, und besser, sie werden früher als später entlarvt. Personalarrest oder Sperre sind die Exekutionsmittel, und was bei ihnen Rechtens sey, wurde (N. 1. 2.) genau bestimmt. Die gerichtliche Deposition (N. 3.) als Mittel, sich von der Exekution zu befreien, wird von manchen Gesetzen auf Kosten des Kredits über die Gebühr begünstiget. Man vergesse doch nicht, daß Wechsel die Stelle des Geldes im Handel vertreten, daß

der Wechselprozeß nicht Sicherheit der Forderung, sondern *Zahlung* zum Zwecke hat, daß gerichtliche Deposition eines dem Gläubiger zu zahlenden Geldes ein Arrest gegen den Gläubiger ist, und daß einem Wechselgläubiger in unersetzlichen Schaden durch jene Deposition gebracht werden kann, wenn er das Geld braucht, um seine eigenen Wechselverbindlichkeiten zu erfüllen, und warten soll, bis die Nachklage im ordentlichen Prozesse ihr Ende erreicht hat. Aus diesen Gründen habe ich nur in zwei Fällen die Deposition statt der Zahlung zugelassen, und selbst in diesen Fällen dem obsiegenden Theile das Recht zugestanden, die Aushändigung der deponirten Summe zu verlangen, wenn er dafür hinreichende Sicherheit wegen der Rückzahlung auf den Fall leistet, daß das Erkenntniß in der Nachklage gegen ihn ausfallen sollte.

Sechstes Kapitel.
Vom Exekutivprozesse.

§. 1.

In welchen Fällen der Exekutivprozefs statt finde.

Der Exekutivprozefs, wenn ihn die Legislation aus dem richtigen Gesichtspunkt auffafst, muß für den stillen Verkehr im gemeinen bürgerlichen Leben das seyn, was der Wechselprozefs für den öffentlichen Verkehr im Handel ist. Diesen Gesichtspunkt hatte aber die Praxis verrückt, indem sie zur *Ursache* erhob, was bloße *Folge* ist. Dafs der Exekutivprozefs nur dann statt findet, wenn die Klage durch Urkunden bewiesen werden kann, ist zwar richtig, aber es rechtfertigt den Schluß nicht, dafs derselbe überall eintrete, wo Urkundenbeweis vorhanden ist: wie viele Streitigkeiten in Familiensachen, über Eigenthum, Servituten, Testamente, Kontrakte u. d. beruhen auf Urkunden, ohne dafs es noch einem soliden Praktiker eingefallen wäre, defswegen *allein* den Exekutivprozefs für begründet zu achten! Vielmehr muß man von der *Qualität der Forderung* *) ausgehen in ihr den

*) Mein Handb. Bd. IV. Abh. LXXVII.

Grund des Exekutivprozesses aufsuchen, und den Beweis durch Urkunden nur als eine *Bedingung* ansehen, von welcher der Gebrauch des *an sich* begründeten Exekutivprozesses abhängt, denn nur *dieser* Grund macht es nach der Analogie des Wechsellprozesses begreiflich, warum keine Exceptio altioris indaginis im Exekutivprozesse zugelassen wird. In diesem Geiste habe ich ihn aufgefaßt, und denselben nur in *vier* Fällen zugelassen, unter welchen die drei ersten sich vom vierten Falle wesentlich und besonders darin unterscheiden, daß sie nicht so wie dieser auf Schulden bestimmter Quantitäten an Geld oder fungiblen Sachen beschränkt sind, weil die Forderung ohne Rücksicht des Gegenstands aus andern Gründen sich zum Exekutionsverfahren eignet. Im Exekutivprozesse kann also *erstens* geklagt werden aus einem Vergleiche oder schiedsrichterlichen Spruche (N. 1.) weil man voraussetzen darf, daß gegen den Anspruch keine einer weitläufigen Untersuchung bedürfende Einreden vorgebracht werden, oder wenigstens die vorzubringenden die Vollstreckung eines so begründeten Anspruchs nicht hemmen können. Manche wollen hier sogleich die Exekution auf einfache Imploration (Buch IV. Kap. V. §. 13.) ohne neue Exekutivklage eintreten lassen; al-

lein man darf nur bedenken, daß Transakte und Kompromisse noch vielen gegründeten Einwendungen ausgesetzt seyn können, um die Unzweckmässigkeit dieses Vorschlags einzusehen, bei welchem auch gar kein Gewinn wohl aber mannichfaltiger Schaden herauskommt, denn hat der Beklagte gegründete Einreden gegen den Rechtsbestand des Vergleichs oder Kompromisses, so wäre das ganze Verfahren bei der Vollstreckung aus seinen Fugen gerückt, wenn man in demselben peremptorische Einreden über die Vorfrage zulassen wollte, ob die Exekution überhaupt eintreten könne: hat der Beklagte keine gegründete Einreden, so schadet der kleine Aufenthalt von der Exekutivklage bis zur wirklichen Vollstreckung gar nichts, weil mit dieser Verfahrensart, wie sie der Entwurf vorzeichnet, zugleich jene Fragen schon erörtert werden, welche die wirkliche Vollstreckung betreffen, der Kläger also diesem Ziele um eben soviel näher rückt, als ihn der Exekutivprozeß davon abzuhalten scheint. Eben diese und noch andere Gründe sprechen für den *andern* Fall (Num. 2.); erfolgt nämlich von dem Gerichte, bei welchem der Streit bisher anhängig war, die Requisition um Vollstreckung des Urtheils, so ist der requirirte Richter juristisch sicher,

dafs die Vollstreckung an sich und in Ansehung der Vollstreckungsart keinem Zweifel unterliegt; ein Richter hingegen, welchen nicht der bisherige Richter sondern der obsiegende Theil um Vollstreckung anruft, hat diese Gewissheit nicht, denn ohne nähere Kenntnifs der Akten kann er aus dem Urtheil allein die Verhältnisse unter den Partheien nicht beurtheilen, er weifs nicht, ob das Urtheil nicht durch ein Rechtsmittel angefochten wurde, oder ob nicht die Rechte eines Intervenienten u. dgl. dabei gefährdet sind. Desswegen lasse ich nur eine Exekutivklage zu, wobei jedoch bemerkt werden mufs, dafs bei jenen Klagen, welche aus einem von *ausländischen* Gerichten gefällten Urtheil angestellt werden, dasjenige zur Anwendung kommt, was im Buch IV. Kap. V. §. 2. über Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse verordnet ist, daher da, wo die Vollstreckung auf Requisition des ausländischen Gerichts nicht erfolgen kann, auch die Exekutivklage des obsiegenden Theils nicht angenommen werden darf. Beinahe im gleichen Verhältnifs steht (N. 3.) der *dritte* Fall, wenn die Vollstreckung erst nach einem Jahre, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, verlangt wird. In einem Jahre kann sich vieles verändern, und eine Parthei mag es sich selbst zu-

schreiben, daß sie ein volles Jahr verstreichen ließe, ohne um Vollstreckung des Urtheils anzurufen. Der *vierte* Fall ist (N. 4.) auf besondere Erfordernisse und auf jene Fälle beschränkt, wo die Erhaltung des Kredits und des lebhaften Verkehrs auch ausser der Wechselverbindlichkeit eine schnellere Rechtshülfe eben deswegen gebietet, weil jeder Bürger auf richtige Zahlung in der bestimmten Verfallzeit Rechnung macht, hiernach mannichfaltige Einrichtungen und Unternehmungen getroffen, vielerlei Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, und die Verwirrung oder Lähmung des Verkehrs sich von Einem auf den Andern verbreitete, wenn das Gesetz bei solchen Schulden nach Analogie des Wechselprozesses, dem gegenüber sich der Exekutivprozeß gebildet hat — nicht dem Gläubiger eine schnellere Rechtshülfe gewährte. Die Voraussetzungen des vierten Falls bestehen nun in folgenden Punkten: a) die Forderung muß in einer bestimmten Geldsumme oder Quantität fungibler Sachen bestehen; bei andern Gegenständen, z. B. Einräumung einer Miethe, Erfüllung gewisser Pachtbedingungen, Auslieferung einer nicht fungiblen Sache findet der Exekutivprozeß nicht statt; b) der Beklagte muß zu derselben in einem bestimmten Termine sich verpflichtet haben; es

ist jedoch gleichgültig, ob die Urkunde selbst den Zahlungstag bestimmt, oder ob dieser durch eine Zwischenhandlung z. B. halbjährige Aufkündigung seine Bestimmung erhält; c) der Beklagte muß sich hiezu in einer gültigen Urkunde verpflichtet haben. Einer Aufzählung jener Urkunden, worauf der Exekutivprozeß begründet werden kann *), bedarf es nicht; ist die Urkunde in Ansehung des Geschäfts, woraus die Forderung entspringt, vollkommen gültig, und hat sich darin Jemand zur Zahlung in bestimmter Zeit verpflichtet, so reicht sie im Exekutivprozeß hin, sie mag ein Kaufbrief, ein Theilungsbrief, ein nicht ganz förmlicher Wechsel, eine Privatschuldverschreibung u. d. seyn.

§. 2.

Exekutivklage.

Diese Klage muß nebst den allgemeinen Eigenschaften eines Klaglibells ganz auf Urkunden beruhen, welche (N. 1.) der Klage wenigstens in Abschrift beiliegen sollen; sie kann übrigens, weil es hier einer summarischen Verfahrensart gilt, mündlich oder schriftlich an-

*) Die Praxis nennt sie "*Instrumenta guarentiata*," klaren Brief und Siegel.

gebracht werden. Die preussische Gerichtsordnung läßt diese Klage auch *vor* der Verfallzeit zu, damit die Sache vor der Verfallzeit entschieden und dann gleich zur Vollstreckung reif seyn könne; allein ich halte die Anrufung der richterlichen Hülfe zu einer Zeit, wo man noch nicht weiß, ob der Kläger ihrer bedarf, schlechterdings für unzulässig, weshalb der Entwurf die Exekutivklage nur *nach* Verfallzeit der Forderung verstattet. Die Vorschrift (N. 2.), der Kläger solle sogleich die Exekutionsmittel anzeigen, ist neu aber gewiß zweckmässig, da sie zur Abkürzung des Verfahrens dient und der Tendenz des Exekutivprozesses, die Vollstreckung selbst schnell herbeizuführen und gleichsam vorzubereiten, vollkommen entspricht.

§. 3.

Mittheilung der Klage und Kontumazialverfahren.

Hier muß ich auszeichnen, in welchem wichtigen Punkte der Entwurf von dem bisher gewöhnlichen Verfahren im Exekutivprozeß abweicht. Man stellte es nach dem gemeinen Prozesse, mit welchem die meisten Landesprozesse übereinstimmen, in folgender Gestalt dar: der Kläger nimmt den schlimmsten Fall an, daß nämlich der Beklagte die

ganze Klage abgeläugnet habe, und deshalb antizipirt er den Beweis durch Urkunden; es kommt also nur noch auf Vollführung des Urkundenbeweises an, und zu diesem Ende wird auf die Exekutivklage ein Termin zur Vorlage und Anerkennung des Originals angesetzt, doch bleibt es dem Beklagten unbenommen, in diesem Termine auch Einreden vorzubringen, worüber sodann die Partheien zum Protokolle verhandeln. Diese ganze Anlage des Prozesses schien mir nicht zweckmässig, denn bei der Exekutivklage, welche auch einen peremptorischen Zustand unter den Partheien herbeiführen kann, und wo der Vollstreckung ein Urtheil vorausgehen muß, sollte das Verfahren eine Richtung auf zwar schleunige aber auch vollständige Rechtsvertheidigung haben, und wie könnte man die Vertheidigung gegen eine Klage für vollständig oder die richterliche Einleitung für zweckmässig achten, wenn jene auf Abläugnung der Klage, diese auf den Beweis der Klage beschränkt ist, und beide die Einreden gegen die Klage als eine Nebensache ansehen, welche nur stillschweigend zugelassen wird? Gewöhnlich hat auch der Beklagte in dem ad producendum et recognoscendum angesetzten Termine Einreden vorgebracht, welchen der darauf unvorbereitete Klä-

ger nicht auf der Stelle begegnen konnte, dadurch war die Erklärung über die Aechtheit der Urkunde umschifft, und jener ganze Produktionstermin*) vereitelt; oft hatte man auch jenen Termin ohne Zweck angesetzt, wenn der Beklagte an Abläugnung der Urkunde nicht dachte, sondern vielmehr seine Vertheidigung in Einreden gegen die Forderung z. B. der Zahlung der Kompensation, des unerlaubten Wuchers u. d. setzte. Eben bei Forderungen, welche auf Urkunden beruhen, ist die Vertheidigung des Beklagten durch Einreden wichtiger als durch Abläugnung der Klage, hierauf also muß die Verfügung auf die Klage gerichtet und für das weitere Verfahren abgewartet werden, worin die Vertheidigung des Beklagten besteht. Aus diesem Grunde lasse ich (N. 1.) die Exekutivklage dem Beklagten unter einem Termine von fünfzehn Tagen zur Vernehmlassung mittheilen. Selbst dieser Ter-

*) Mehrere Fälle kenne ich aus Erfahrung, wo der Beklagte eben dieses Produktionstermins wegen, den er sich unter verschiedenen Vorwänden verbitten konnte, die Antwort im Exekutivprozesse *neun Monate* lang, folglich weit länger verzögerte, als es ihm sogar im ordentlichen Prozesse möglich gewesen wäre!

min ist länger als bei Wechseln (Kap. 5. §. 1.) weil bei dem gemeinen bürgerlichen Verkehr jene Gründe nicht mit ganzer Stärke eintreten, welche bei Wechseln die grössere Strenge unbedingt nothwendig machen.

Das Kontumazialverfahren (N. 2.) ist hienach abgemessen, doch wegen der nothwendig schnelleren Rechtshülfe strenger als im ordentlichen Prozesse; ich lasse den Beklagten innerhalb der Grenzen des Exekutivprozesses sogleich ganz sachfällig werden, lasse ihn exekutiv verurtheilen und gegen ihn zur Exekution schreiten; jedoch bleiben ihm seine Einreden sowohl gegen die Forderung als gegen die Urkunde nach erfülltem Exekutivurtheile im Weg der Nachklage *ipso jure* vorbehalten. Jene Verurtheilung fordert die Natur des Exekutivprozesses und die Erhaltung des Personalkredits im gemeinen bürgerlichen Verkehre, diesen Vorbehalt fordert der Grundsatz, dass man durch Verabsäumung der Vertheidigung nicht mehr an seinen Rechten verlieren darf, als die unterlassene Handlung nach der Natur der Prozessart absolut nothwendig macht. Will der Exekutivkläger sich früher gegen die Nachklage sicher stellen, so hat er hiezu in der er-

weiterten Befugniss der Aufforderung zur Klage das passende Mittel vom Gesetze erhalten.

§. 4.

Antwort des Beklagten.

Nach den bisher angezeigten Gesichtspunkten ist die Antwort des Beklagten hier behandelt, und nur einige Bemerkungen habe ich beizufügen. 1) Da der Exekutivprozeß gemischter Natur ist, und einen peremptorischen Zustand unter den Partheien herbeiführen kann, so müssen in demselben alle zerstörlischen Einreden ohne Ausnahme (N. 3.) zugelassen werden, vorausgesetzt, daß sie nach der Natur dieser Prozeßart in *continenti* bewiesen werden; bei dem Wechselprozeß ist dieses anders, bei ihm finden nur jene Einreden statt, welche das Civil- oder Handelsgesetzbuch mit der Natur des Wechselgeschäfts für vereinbar erklärt, allein hievon darf auf den Exekutivprozeß nicht geschlossen werden, da er bei allen gewöhnlichen Geschäften zugelassen wird, folglich in demselben auch jene Einreden zugelassen werden müssen, welche das Civilgesetz bei jedem Rechtsgeschäft verstattet. 2) Von der Zulässigkeit und der Wirkung der bekannten *Exceptio non numeratae pecuniae* im Exekutivpro-

zesse *) habe ich absichtlich nichts gemeldet, weil das Stillschweigen von ihr die ganze Frage erschöpfend beantwortet. Der Exekutivprozess verwandelt nämlich die Natur einer zerstörlchen Einrede nicht, jede kann auch in dieser Prozessart mit eben denselben Wirkungen gebraucht werden, welche ihr das Civilgesetz überhaupt beilegt. Legt nun das Civilgesetz dieser Einrede die Kraft bei, daß durch die Schuldurkunde allein das Anlehen nicht bewiesen wird, so gehört es zur Replik des Klägers (§. 5. num. 3.) daß er dieser Einrede begegne, und, soferne das Gesetz ihm den Beweis der Numeration allgemein auflegt, diesen Beweis durch Urkunden oder Eidesdeposition antrete, denn Zeugenbeweis ist in dieser Prozessart, nur den Beweis der Authentizität eines Dokuments ausgenommen, nicht zulässig. 3) Diese Gelegenheit benütze ich, um einen Punkt aufzuhellen, welcher mit dem **Grund-**

*) Hievon habe ich ausführlich gehandelt im *Handbuch* Band IV. Abh. LXXVII. anderer Meinung sind (Gmelin und Elsässer.) *Gemeinnützige Beobacht. u. Rechtsfälle* B. II. Abh. II. §. 10. auch der Entwurf einer Gerichtsordnung für die königl. Sächsischen Lande (1803.) Tit. 46. §. 11.

Grundsatz wesentlich zusammenhängt; daß Kläger und Beklagter mit den Streitverhandlungen sogleich den erforderlichen Beweis (Buch II. Kap. I. §. 2. u. 11.) antreten sollen; einen Punkt, welcher zwar für diejenigen, welche mit den Grundsätzen des Civilrechts ganz vertraut sind, sich von selbst versteht; aber für diejenigen, welchen die tiefere Kenntniß mangelt, einer Erläuterung bedürfen mag. Es giebt Rechte und Beweise, welche zur Klage oder zum Beweise solange hinreichen, bis der Beklagte durch den wirklichen Gebrauch einer Einrede (*ope exceptionis*) sie entkräftet. Da der Kläger die Replik nicht in die Klage aufzunehmen braucht, so kann er auch hierüber mit dem Beweisantritt solange warten, bis der Beklagte sich dieser Einrede wirklich bedient hat; er ist also den Beweis nicht mit der Klage, sondern erst, nachdem ihm eine solche Einrede entgegengesetzt wurde, mit der Replik anzutreten schuldig. Zum Beispiel dienen die Einreden *non adimpleti contractus* und *non numeratae pecuniae*; bei jener denkt oft der Kläger, bei Anstellung der Klage nicht daran, daß der Beklagte die Erfüllung des Kontrakts läugnen werde, und vergißt im Vertrauen auf dessen Rechtlichkeit, die Quittung über die geschehene Erfüllung bei der Klage

vorzulegen: gewiss kann er mit dem Beweise der Erfüllung nicht präkludirt werden, wenn ihm der Beklagte in der Antwort die Einrede des nicht erfüllten Kontrakts entgegengesetzt, vielmehr wieder erst durch diese Einrede in die Nothwendigkeit versetzt, bei der Replik der Einrede z. B. durch Erfüllung des Mangelnden oder durch den Beweisantritt über die Kontrakterfüllung zu begegnen: bei *dieser* beweiset die Schuldurkunde, wenn sie auch noch nicht zwei Jahre alt ist, solange, bis ihr der Beklagte die Exceptio non numeratae entgegengesetzt, folglich hat auch der Kläger nicht nothwendig, den Beweis der Numeration schon bei der Klage anzutreten, sondern diese Nothwendigkeit fängt erst nach entgegengesetzter Einrede bei der Replik an. 4) Der Gegenbeweis (Num. 4.) kann nur durch Urkunden geführt werden, ungeachtet der Beweis der Einrede aus denselben Gründen, welche bei dem Wechselprozeß (§. 6.) vorkamen, auch durch Eideszuschreibung geführt werden darf. Der Grund der Disperität liegt darin, daß dem Kläger, welcher seinen Beweis durch Urkunden geführt hat, ohne Unterschied der Prozeßart der Eid zum Gegenbeweise nicht zugeschoben werden darf.

§. 5.

Richterliche Verfügung auf die Antwort.

Nach der Anlage, welche ich dem Exekutivprozesse gab, mußte ich genau bestimmen, wohin die nach der Antwort des Beklagten folgende Verfügung des Richters gehe, damit den beiden gleich gerechten Forderungen, genugsamer Rechtsvertheidigung und Beförderung der Sache zum schnellen Ausgang, Genügen geschieht, und kein Richter, weil zuweilen Replik und Duplik nothwendig ist, die Antwort des Beklagten zur Replik mittheilt, wo sie ganz überflüssig wäre. In dieser Ansicht wurden die vier denkbaren Fälle unterschieden, worüber keine weitere Erläuterung nothwendig ist.

§. 6.

Urtheil.

Der Exekutivprozeß ist gemischter Natur wie der Wechselprozeß, es war also nothwendig, die Wirkungen des Erkenntnisses *) nach dem, bei dem Wechselprozeß (§. 7.) gerecht-

47 *

*) vergl. A d. Dietr. Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden Stück I. N. 6.

fertigten Unterschied (N. 1.) und zwar so zu bestimmen, dafs in jenen Fällen, wo die weitere Rechtsverfolgung im Wege der ordentlichen Klage oder Nachklage noch übrig ist, diese *ipso jure* vorzubehalten, damit nicht unnöthige Appellationen entstehen, wenn etwa dieser Vorbehalt im Urtheil übergangen wurde. Bei N. 2. bitte ich das Wort "*kon- demnatorische*" beizusetzen, ob es sich gleich von selbst versteht, weil bei einem lossprechenden Urtheil von einer Exekution keine Rede seyn kann. Uebrigens liegt in der schon angeführten Verschiedenheit zwischen Wechselgeschäften und denjenigen, welche im Exekutivprozesse vorkommen, der Grund, warum bei diesen (N. 4.) für den Eintritt der wirklichen Vollstreckung ein auf acht Tage verlängerter Termin bestimmt wurde. Hinsichtlich der gerichtlichen Deposition kommt zur Anwendung, was von ihr bei dem Wechselprozesse §. 9. verordnet ist.

Siebentes Kapitel.
Vom Rechnungsprozesse.

§. 1.

Von Rechnungsstreitigkeiten überhaupt.

Der Rechnungsprozeß *) hat einen ganz eigenthümlichen Gang, und muß durchaus als eine besondere Prozeßart ausgezeichnet werden; auch ist er von hoher Wichtigkeit, denn alle Verwaltungen und Verrechnungen des Staats-Stiftungs- und Kommunalvermögens, alle Vormundschaften und Kuratelen, alle Gutsverwaltungen, sogar viele Privatadministrationen und Sozietäten kommen auf ihn zurück. Zwar entscheiden bei den öffentlichen Administrationen und Kassen zunächst die besonderen Rechnungsinstruktionen, doch selbst diese müssen ihre Prinzipien aus der allgemeinen Theorie vom Rechnungsverfahren entnehmen, und für jene Administrationen, wo es an Instruktionen

*) Claproth Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen. Göttingen 1783. Rebmann vom gerichtl. u. aussergerichtl. Verfahren in Rechnungsangelegenheiten. Erlangen 1789. Besonders *mein Handb.* Bd. IV. Abh. LXXV.

mangelt, oder für Rechtsfragen, auf welche jene Instruktionen keinen Einfluss haben, muß das Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren die Normen angeben.

Vor allem sind nun Rechnungstreitigkeiten vom eigentlichen Rechnungsprozesse gehörig zu unterscheiden. Die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage und die Mittel gegen Verwalter, welche in Ablage der Rechnung säumig sind, gehören dem Rechnungsprozesse nicht weiter an, als sie für denselben eine Präjudizialfrage oder einen Vorbereitungspunkt ausmachen; hiefür wurden die nothwendigen Bestimmungen (N. 1.) vorausgeschickt. Der eigentliche Rechnungsprozeß hat die *Richtigstellung einer abgelegten Rechnung im Ganzen* (N. 2.) zum Gegenstand, er ist also auf den Fall beschränkt, wo durch Verhandlungen über eine abgelegte Rechnung im Ganzen das Rechtsverhältniß unter den Betheiligten ausgemittelt, und das Streitige vom Richter entschieden werden soll. Demselben sind Streitigkeiten über *einzelne* Punkte aus einer Verwaltung, wenn sie ausser dem Verfahren über die Rechnungsrichtigkeit im Ganzen vorkommen, entgegengesetzt, welche (N. 3.) als gewöhnliche Prozesse verhandelt werden, zwar zum Gerichts-

stand der geführten Verwaltung gehören können, sich aber zum Rechnungsprozeß nicht eignen, sollten sie auch eine Rechnungsfrage betreffen und nach Rechnungsregeln auf Gutachten der Kunstverständigen entschieden werden müssen. Wenn z. B. der Vormund auf Schadensersatz wegen eines unsicher ausgeliehenen und zu Verlust gegangenen Kapitals belangt wird, oder wenn man den Ersatz desjenigen verlangt, was der Rechnungssteller durch eine unrichtige Verrechnungsart sich rechtswidrig zugeeignet hat, so sind dieses einzelne Prozesse, welche in jener Prozeßart, wozu sie an sich qualifizirt sind, keineswegs aber im Rechnungsprozesse verhandelt werden müssen.

Aeusserst wichtig und entscheidend für den ganzen Rechnungsprozeß ist die Frage, wer in demselben als Kläger und als Beklagter zu betrachten ist. Nach Claproth *) hat sich die Meinung etablirt, der Rechnungssteller sey Kläger, weil seine Rechnung die erste Schrift ist; allein wie sollte dieser, der Rechnung abzulegen verbunden ist, und von welchem Rechenschaft einer geführten Verwaltung gefordert wird, zu der Stelle des Klägers ge-

*) am ang. Ort Seite 60.

langen, welche nur dem *fordernden* Theile zukommen kann? Macht er aus der Rechnung Ansprüche auf eine Summe, welche ihm herausgebührt, so ist er zwar in Ansehung *dieses* Anspruchs Kläger, aber sobald es sich um die Richtigkeit der abgelegten Rechnung im Ganzen handelt, sobald erscheint er in jener Eigenschaft, welche dem Rechnungsprozesse an sich zukommt. Schon im römischen Rechte war die Sache aus einem richtigeren Gesichtspunkt aufgefaßt, mit der *actio tutelae* belangte man den Vormund auf Herausgabe des Vermögens nach Belaut der Vormundsrechnung, gegen welche Erinnerungen gemacht werden konnten: mit der *haereditatis petitio* verlangte man die Erbschaft nach dem Inventar, wohin auch die Berechnung über die Erbmasse gehörte, wenn der Besitzer sie verwaltet hat: mit der *actio pro socio* belangte man den Socius auf Stellung der Gesellschaftsrechnung, welche dann ein Gegenstand des Streits über dasjenige werden konnte, was ein Socius dem andern herauszugeben schuldig ist. Der ganze Zweifel über die Frage, wer im Rechnungsprozesse Kläger oder Beklagter sey, und der Irrthum, als sey der Rechnungssteller Kläger, kam davon her, daß man keine Klage sah, auf welche die Rechnung als Exzeptionssatz

folgen könnte; allein auch dieser Anstand hebt sich von selbst, wenn man den Gang der Sache nach dem Leben betrachtet. Legte der Verwalter die Rechnung nicht freiwillig, so mußte der Eigenthümer des Geschäftes gegen ihn eine Klage stellen, worin er ihn auf Herausgabe dessen belangte, was ihm der Verwalter nach gelegter und geprüfter Rechnung schuldig ist; diese Klage vorausgesetzt, kann man keinen Anstand nehmen, die Rechnung als den Exzeptionssatz zu betrachten. Wenn nun der Verwalter die Rechnung seiner Verbindlichkeit gemäß stellt, ohne jene Klage abzuwarten, oder wenn jene Klage auf Rechnungsstellung gesondert, gleichsam als präparatorischer Theil des Rechnungsprozesses behandelt, und durch Rechnungsstellung erledigt wurde, so kann hierdurch weder sein Verhältniß als verbundener Theil, von dem etwas gefordert wird, noch das Verhältniß seiner Rechnung zu demjenigen abgeändert werden, welchem er die Rechnung zu legen hat, er und seine Rechnung bleibt, was er und sie in Voraussetzung jener Klage gewesen wäre, er nämlich Beklagter, seine Rechnung der Exzeptionssatz, und jene Klage, weil sie durch die Rechnungsablage entbehrlich wurde, muß *supponirt* werden. Dergleichen *Supposita* oder

Fiktionen sind auch dem gerichtlichen Verfahren weniger fremd, als mancher glaubt: selbst der Exekutivprozeß beruhte vormals auf der Fiktion, der Beklagte habe die Klage abgeläugnet, ein Beweisinterlokt sey also überflüssig, und man könne sogleich zur Aufnahme des Urkundenbeweises schreiten.

§. 2.

Wie die Rechnung beschaffen seyn müsse.

Ist die Rechnung der Exzeptionssatz, so mußte auch das Prozeßgesetzbuch über die Einrichtung und Form der Rechnung Vorschriften geben, die wenigstens auf den Fall, wo es an besonderen Instruktionen und Rechnungsformularen mangelt, zur Richtschnur dienen können. Die vorgeschlagene Form ist einfach, auf jede Verwaltung anwendbar, und mit jeder Instruktion vereinbar.

§. 3.

Verfahren im Rechnungsprozesse.

Der Satz, daß der Rechnungssteller als Beklagter anzusehen sey, giebt dem ganzen Rechnungsprozesse Konsequenz und Haltung. Die Rechnung (Num. 1.) ist der Antwort des Beklagten gleich, daher der Vortrag in der *Einnahme* gleich dem *Eingeständnis*, und der

Vortrag in der *Ausgabe* gleich der *Einrede* der Zahlung. Wie sich das Gebot, die Beweise mit den Verhandlungen des Streits zu verbinden, im Rechnungsprozesse anwenden lasse, forderte die hier gemachte genaue Bestimmung. Die abgelegte Rechnung wird dem Eigenthümer des Geschäfts zur Stellung seiner Erinnerungen (N. 2.) mitgetheilt, denn mündliches Verfahren zum Protokoll paßt auf die Prüfung einer Rechnung und auf Abfassung gründlicher Erinnerungen offenbar nicht. Der Termin muß mit der Zahl und dem Umfang der Rechnungen im Verhältniß stehen, 30 bis 60 Tage sind die Regel, es kann aber, besonders wenn es auf weitschichtige Rechnungen von mehreren Jahren ankommt, jener Termin auch verhältnißmässig erweitert werden. Weil diese Erinnerungen die Stelle der Replik vertreten, so ist Präklusion (N. 3.) die Folge des Ungehorsams. Ueber die Einrichtung dieser Bedenken (N. 4.) waren nähere Vorschriften nothwendig. Als Replik werden sie dem Rechnungssteller zur schlüssigen Beantwortung (N. 5.) mitgetheilt; diese Beantwortung selbst ist die Duplik, daher auch hiernach die Kontumazialfolge zu bemessen. Sehr wichtig ist die Bestimmung (Num. 6.) über die Vollstreckung des *respectiven Liquidums* während des Rech-

nungsprozesses. Gewöhnlich kommt der Fall vor, daß nach der Rechnung, wenn auch alle Ansätze richtig sind, der Rechnungssteller einen Rest heraus schuldig ist, demselben aber Erinnerungen gemacht werden, welche jenen Rest vergrößern: warum sollte nun dasjenige, was selbst der Rechnungssteller als seine Schuld anerkennt, nicht sogleich für liquid angesehen, und zur Exekution gebracht werden: wie sollte der Umstand, daß der Geschäftseigenthümer glaubt, der Rechnungssteller sey nicht 1000 sondern 1500 Gulden schuldig, die Vollsteckung jener 1000 Gulden hindern, welche der Verwalter seiner eigenen Rechnung nach schuldig ist? Indessen muß ich bei dieser Bestimmung über Exekution des respektiven Liquidums besonders bemerken, daß es mit dem Satze: *liquidi cum illiquido nulla est compensatio* nichts gemein hat, daß derjenige, welcher das respektive Liquidum vollstreckt haben will, *alle* auch illiquiden Ansätze seines Gegentheils in der Ausmittlung jenes Liquidums stehen lassen muß, daß er also die bestrittenen Ansätze der Einnahme oder der Ausgabe bei jenem respektiven Liquidum nicht in Aufrechnung bringen darf; zur Versinnlichung mag folgendes Beispiel dienen: die Einnahme der Rechnung beträgt 2000 Gulden, die Aus-

gabe 1200 Gulden; der Eigenthümer bestreitet aber einen Ausgabeposten von 400 Gulden, und behauptet zugleich, daß die wahre Einnahme 2200 Gulden betragen habe; in diesem Falle sind nur 800 Gulden respectives Liquidum, welches während des Rechnungsprozesses vollstreckt werden kann, weil das Minus der Ausgabe zu 400, und das Plus der Einnahme zu 200 Gulden bestritten, folglich als illiquid zur Exekution noch nicht reif ist.

§. 4.

Urtheil:

Das Urtheil im Rechnungsprozesse hat die Eigenthümlichkeit, daß in demselben jene Posten der Einnahme und Ausgabe, welche unter den Betheiligten unangefochten blieben, mit Stillschweigen umgangen (N. 1.) und dadurch für gültig erkannt werden. Besonders erheblich war eine nähere Grenzbestimmung zwischen den Punkten, deren Entscheidung dem Richter ohne Beiziehung von Rechnungsverständigen (N. 2.) zukommt, und jenen Punkten, worin er an das Parere derselben (N. 3.) gebunden ist, weil nach allgemeiner Erfahrung der Wirkungskreis dieser Rechnungsmeister weit über die Grenzen ihrer Kunst erweitert wird; sie mischen sich in Alles und verstehen

Alles, sie sind, wie man ihnen eben eine Rechnung vorlegt, Juristen, Landwirthe, Baumeister, Forstverständige, Technologen, Handelsverständige, kurz Alles, was man verlangt; dieser irrigen Meinung mußte das Gesetz begegnen. Rechnungsverständige als solche sind nur für die Rechnungsform als Experten zu betrachten, ausser dieser Linie hört ihr Einfluß auf, und oft kann der Fall eintreten, daß nach Verschiedenheit der Objekte einer Verwaltung verschiedene Experten, z. B. für das Brauwesen Brauereiverständige, für Bausachen Baumeister, für Forstsachen Forstverständige u. d. beigezogen werden müssen. Doch versteht sich dieses nur von *Beurtheilung* der Rechnungsbedenken, keineswegs aber von der *Abfassung* dieser Bedenken selbst, weil diese, gleich jeder Prozeßschrift, Sache der Parthei sind, welche die Prüfung der Rechnung und die Abfassung der Erinnerungen einem Rechnungsverständigen oder einem Anwalt nach ihrem Gutfinden anvertrauen kann. Uebrigens habe ich den Rechnungsverständigen, welche vom Richter als Experten beigezogen werden, das Recht eingeräumt, Rechnungsfehler (*Error calculi*) von Amtswegen zu verbessern, weil hierdurch neuen Anfechtungen für die Zukunft vorgebeugt wird; ausser diesen aber ist ihr

Amt auf Beurtheilung der unter den Betheiligten streitigen Rechnungspunkte nach der obigen Grenze beschränkt. Das Parere der Rechnungsverständigen kann angefochten werden, denn bei ihnen kommt alles zur Anwendung, was von Sachverständigen überhaupt verordnet ist. Im Rechnungsprozesse hat man zwei Urtheile (N. 4.), das Eine gehet die Punkte an, welche durch die gemachten Erinnerungen unter den Betheiligten streitig wurden, das Andere gehet die Rechnung im Ganzen an, und folgt der rechtskräftigen Entscheidung jener Punkte nach. Das erste hat die Form der Urtheile (Buch I. Kap. VI. §. 8.) das zweite bestehet in einer Erklärung des Richters, daß die Rechnung geprüft und richtig befunden wurde, woher sie *Rechnungs-Justifikation* genannt wird. Mit derselben darf kein anderer Vorbehalt verbunden werden, als welcher dem Urtheil über die Erinnerungen gemäß ist. Daß gegen das Urtheil Appellation (Num. 5.) statt findet, folgt schon aus der Natur des Rechnungsprozesses, da er auf einen peremptorischen Zustand unter den Betheiligten abzielt; dahingegen kann eine *Superrevision* (N. 6.) gegen eine rechtskräftig justifizierte Rechnung nicht zugelassen werden. Die Betheiligten haben das Recht, das Parere der Sachverständigen

vor dem Urtheil anzufechten, sie können gegen das Urtheil appelliren, es sind ihnen demnach alle Mittel zur hinreichenden Rechtsvertheidigung im Rechnungsprozesse, wie bei jedem andern Rechtsstreite, an die Hand gegeben, es ist also kein Grund vorhanden, eine Superrevision zuzulassen, welche den Rechnungsprozeß mit allen übrigen Prozeßarten in Widerspruch versetzte. Indessen muß dieses bei Rechnungen über das Vermögen der Personen, welche des Ihrigen nicht mächtig sind, namentlich der Minderjährigen mit der gehörigen Einschränkung verstanden werden. Es ist nämlich gewöhnlich und zweckmässig, daß während der Minderjährigkeit die Vormünder zur Rechnungsablage in gewissen Perioden (bald in jedem Jahre, bald alle zwei oder drei Jahre) angehalten, und daß diese Rechnungen in denselben Zeiträumen von der Obervormundschaft geprüft werden: *diese Rechnungsabhör und Justifikation kann dem Minderjährigen an seinen Rechten nicht präjudiziren, also auch die Befugniß nicht entziehen, nach erlangter Großjährigkeit sämtliche während seiner Minderjährigkeit abgelegte und geprüfte Rechnungen einer eigenen Prüfung zu unterwerfen, und dagegen Erinnerungen zu machen.* In Ansehung der Schlufsrechnung, welche am Ende
der

der Vormundschaft gelegt wird, kann man ihm dieses Recht nicht bestreiten, nun bezieht sich aber diese Schlussrechnung auf die früheren Rechnungen, es muß ihm also auch in Ansehung derselben, gleiches Recht zustehen, diese Prüfung ist aber keine eigentliche Superrevision. Wenn aber auch eine rechtskräftig justified Rechnung keiner Superrevision unterworfen werden kann, so muß man doch erwägen, daß andere rechtskräftige Erkenntnisse durch ausserordentliche Rechtsmittel angefochten werden können, es ist daher nothwendig, auch hierin durch nähere Bestimmungen den Rechnungsprozeß mit den übrigen Prozeßarten in Harmonie zu bringen; die Rechtskraft darf einen Verwalter, der eine gemachte Zahlung in Ausgabe zu stellen vergessen, nachher aber die Quittung gefunden hat, nicht hindern diese Forderung noch geltend zu machen, eben so verhält es sich mit dem Eigenthümer, wenn er nach justified Rechnung entdeckt, daß der Rechnungssteller einen Posten eingenommen, aber in der Rechnung nicht zur Einnahme gebracht habe. Hiefür sind nun (Num. 7. 8.) nähere Vorschriften gegeben, welche sich in den allgemeinen Sätzen von Rechtskraft und ausserordentlichen Rechtsmitteln gründen. Können sich nach Er-

ledigung oder Entscheidung der Rechnungsbedenken die Betheiligten über das Resultat nicht vereinigen, so wird dasselbe, jedoch ohne neue Streitverhandlungen zuzulassen, vom Gerichte (Num. 9.) allenfalls unter Beiwirkung der Rechnungsverständigen durch eine Hauptberechnung ausgemittelt.

Achtes Kapitel.

Vom Verfahren bei Kulturstreitigkeiten.

§. 1 — 6.

Ausser der Theilung von Gemeindegütern kommen noch manche andere Theilungen oder Separationen und Auseinandersetzungen bei den Gerichten vor; insbesondere 1) Theilungen der Erbschaften, 2) Sonderung des Allodiums von Lehen und Stammgut, 3) Absonderung des Vermögens bei Ehescheidungen, 4) Separationen besonderer Vermögenstheile bei dem Partikularkonkurse, 5) Separationen bei kaufmännischen Sozietäten. Die preussische Gerichtsordnung *) hat diesen Abtheilungen ein eigenes Kapitel gewidmet, und in meinem

*) Th. I. Tit. 46.

Handbuch *) findet sich über diesen Gegenstand eine ausführliche Abhandlung. Eigentlich erscheinen dergleichen Abtheilungen nicht als eine besondere Prozeßart, denn manche sind als ein unstreitiges Rechtsgeschäft zu betrachten, und selbst, wenn dabei Streitfragen vorkommen, so werden diese entweder als Präjudizialfragen, oder mittelst der Hinweisung zum gesonderten Streite im ordentlichen Prozesse verhandelt, im Ganzen dient dem Verfahren bald der unbestimmte summarische Prozeß, bald der Rechnungsprozeß zur Norm.

Auf den Fall, daß man dieses Verfahren gleichsam zum Leitfaden für die Gerichte besonders vorzuzeichnen für nützlich erachtet, will ich statt der Erläuterung des sich selbst rechtfertigenden Vorschlags über das Verfahren bei Kultursachen, vom Verfahren bei Separationen und Abtheilungen hier den Gesetzesvorschlag liefern.

§. 1.

A) Erbschaftstheilungen 1) bei streitigem Miterbrecht.

Ist 1) bei Erbschaftstheilungen das Erbrecht selbst entweder überhaupt oder wegen

*) Handbuch Band II. Abh. LXXVI.

Größe des Antheils streitig, so werden hierüber nach allgemeinen Vorschriften die Verhandlungen im ordentlichen oder unbestimmten summarischen Prozesse gepflogen, vorbehaltlich 2) der nach Vorschrift des Civilgesetzbuchs zulässigen Klagen auf Erlangung des Besitzes der Erbschaft; 3) bei unbekannten oder abwesenden Erben treten Ediktalladungen (Buch I. Kap. V. §. 18.) oder Bestellungen von Kuratoren ein. 4) Die während des Streits zur Erhaltung der Erbschaft oder sonst nöthigen provisorischen Verfügungen richten sich nach allgemeinen Vorschriften des dritten Kapitels, auch kann 5) bei einem an sich unbestrittenen Miterbrecht während des Streits über die Größe des Erbtheils zur Abtheilung und Aushändigung der unbestrittenen Antheile geschritten werden.

§. 2.

2) *Wenn das Miterbrecht unbestritten ist.*

Ist weder das Miterbrecht noch sonst etwas unter den Miterben streitig, so wird die Erbschaftstheilung als ein unstreitiges Rechtsgeschäft vom Gerichte vorgenommen. Kommen aber dabei Streitigkeiten *) vor, so wird

*) Diese betreffen entweder a) die Richtigstellung der Masse durch Streitigkeiten über

1) jeder Streitpunkt als eine Klage betrachtet, daher jeder Interessent nach Verschiedenheit einzelner Ansprüche bald als Kläger bald als Beklagter angesehen. 2) Die streitigen Punkte werden der Regel nach zugleich verhandelt, doch kann der Richter auf Antrag der Partheien oder von Amtswegen einzelne besonders verwickelte und einer weitläufigen Verhandlung bedürfende Punkte zur besonderen Verhandlung verweisen, und im übrigen den Theilungsprozess zum Ende bringen. 3) Die Rechtsmittel gegen das richterliche Erkenntniß sind nach allgemeinen Vorschriften zu bemessen. 4) Sind alle Streitpunkte entschieden, so wird die Theilung als unstreitiges Rechtsgeschäft *) vorgenommen. 5) Wieferne eine

Konferenden, Edition und Vollständigkeit des Inventars, Manifestationseid, Administrationsrechnungen, oder b) die Art der Theilung hinsichtlich des Vorwahrrechts, taxmässigen Zuschlags der Erbschaftsstücke, oder c) die Auszeichnung und Berechnung der Theile selbst.

*) Diese Bestimmung ist in jenen Ländern sehr wichtig, wo, wie in *Baiern*, Gerichte bestehen, welchen die kontentiose Gerichtsbarkeit entzogen ist; an diese muß die Erbschaftstheilung, wenn die Erbschaftsstreitigkeiten entschieden sind, als ein sodann

gerichtliche Theilung wegen Verletzung angefochten werden könne, ist im Civilgesetzbuch bestimmt. 6) Nach diesen Vorschriften wird bei Abtheilung der Familienfideikomnisse verfahren, vorbehaltlich jener gerichtlichen Handlungen, welche die Herstellung des Konsenses aller berechtigten Familienglieder, die Ergänzung der Einwilligung berechtigter Minorennen, öfters auch der landesherrliche Konsens in die Aufhebung des Fideikommisses erfordert *).

§. 3.

B) Sonderung des Allodiums von Lehen und Stammgütern.

Wird bei Streitigkeiten über Absonderung des Allodiums vom Lehen oder Stammgut 1) die besondere Eigenschaft des Objekts im Ganzen oder in einzelnen Theilen oder Pertinenzstücken angefochten, so muß hierüber im ordentlichen Prozesse verhandelt werden; 2) eben dieses gilt, wenn dem Prätendenten die Legi-

unstreitiges Rechtsgeschäft zurückgewiesen werden.

*) Die Grundsätze hierüber samt ausführlichen Vorträgen über die wirkliche Auflösung eines Familienfideikommisses findet man in meinen Rechtsfällen Band I. Seite 359 — 442.

timination bestritten wird. 3) In Ansehung der Meliorationen ist derjenige, welcher eine Melioration behauptet, als Kläger anzusehen, jedoch hat er 4) wegen derselben kein Retentionsrecht auf unbestrittene Lehen- oder Fideikommissgüter.

§. 4.

C) Separation bei Sozietäten.

1) Die Vorfrage, ob Jemand ein Gesellschaftsmitglied sey, und ob die Theilung nicht zur Unzeit verlangt werde, ist in jener Prozessart zu verhandeln, wozu sich die Sache nach ihrem Betrage eignet. 2) Einzelne Ansprüche aus einer Sozietät sind gleich andern Prozessen nach den allgemeinen Vorschriften dieses Gesetzbuchs zu behandeln. 3) Ist aber die Sozietät im Ganzen der Gegenstand des Streits, so kommt alles zunächst auf Ausmittlung und Richtigstellung des Sozietätsvermögens mit Rücksicht dessen, was jeder Sozius in die Gesellschaft einzubringen oder eingebracht, dann aus derselben bereits erhalten oder in dieselbe einzuwerfen hat, sodann auf Vertheilung des Sozietätsvermögens an. Diese Gegenstände sind nach den Vorschriften über den Rechnungsprozess und über Erbschaftstheilungen zu verhandeln.

D) Bei anderen Vermögensabtheilungen.

Kommt 1) bei einer Ehescheidung die Absonderung des Vermögens zur gerichtlichen Verhandlung, so muß vor allem der Güterstand, worin die geschiedenen Ehegatten gelebt haben, ausgemittelt und nach demselben mit Rücksicht auf die Eheverträge und die Beweise über die Illation bestimmt werden, welche Vermögenstheile jedem derselben gebühren. 2) Bei Separationen besonderer Vermögenstheile zum Behufe eines Partikularkonkurses ist die Vorfrage, ob ein rechtmässiger Separationsgrund vorhanden sey, im gewöhnlichen Verfahren zu verhandeln, hiernächst auszumitteln, welche Vermögensstücke zu dieser separirten Masse gehören.

An diese Paragraphen kann mit abgeänderter fortlaufender Zahl dasjenige, was der Entwurf über den Kulturprozeß enthält, als §. 6 — 11. angereiht, und das Kapitel mit der Aufschrift: „*Von dem Theilungs- und Separationsprozesse*“ versehen werden.

Neuntes Kapitel.

Vom Konkurse der Gläubiger..

§. 1.

Allgemeiner und besonderer Konkurs.

Der Konkursprozess *) ist für die Legislation eine sehr schwere Aufgabe. Die Konkurrenz mehrerer Gläubiger eines Gemeinschuldners, dessen Vermögen nicht hinreicht, alle seine Schulden zu tilgen, ist eine ganz neue Quelle jenes eigenthümlichen Rechtsverhältnisses, in welches diese Gläubiger, deren jeder ursprünglich nur mit dem Schuldner im Verhältniß stand, unter sich selbst unwillkührlich versetzt werden, eines Verhältnisses, dessen Normirung zwar dem Civilgesetzbuche **) zukommt, das aber auf das gerichtliche Verfahren vielseitig einwirkt: die gleichzeitige Verhandlung aller Ansprüche an die Vermögensmasse zu einer definitiven Entscheidung sowohl über die Rich-

*) D a b e l o w ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger. Halle 1801. 4. Mein Handbuch Band IV, Abhandlung LXXXII.

**) Man vergleiche die Einleitung zu den Motiven in der ersten Abtheilung §. 4. S. 16.

tigkeit jeder Forderung als über deren Vorzug und die gänzliche Vertheilung der Masse unter die Gläubiger bringt eigene Beschwerden hervor, um das gerichtliche Verfahren, der vollständigen Rechtsvertheidigung unbeschadet, zu vereinfachen und schneller zu beenden, überdies kommen bei einem Konkurse nicht nur viele, sondern auch verschiedenartige Handlungen, sogar die Inventur und Verwaltung der Masse vor: ein befriedigender Vorschlag für den Konkursprozess ist also keine leichte Aufgabe, besonders da man bei demselben vielen Rechtskontroversen und manchen gleichsam eingewurzelten Irrthümern begegnet.

Ueber die Mittel, den Konkurs abzuwenden, wohin man Nachlassverträge, Eintheilung in Fristzahlungen, und Moratorien rechnet, konnte der Entwurf nichts näheres bestimmen, da diese Gegenstände dem Civilgesetzbuch angehören, und das Verfahren, falls der Schuldner die Einleitung zum Nachlassvertrage, zur Fristregulirung oder zu einem Moratorium verlangt, sich nach den Vorschriften über den unbestimmten summarischen Prozess richtet. Bei diesem Kapitel wählte ich also die Ordnung, dass nach den allgemeinen Bestimmungen (§. 1 — 3.) zuerst das Präliminarverfahren

(§. 4 — 8.) welches der Eröffnung des Konkurses allemal vorhergehen muß, abgehandelt, sodann das Hauptverfahren (§. 9.) über die Richtigkeit und den Vorzug jeder Forderung (§. 10 — 25.) dargestellt, hierauf (§. 26 — 31.) dasjenige normirt wird, was die Berichtigung, Verwaltung und Verwendung der Konkursmasse angehet.

Unter den allgemeinen Bestimmungen kommen vier Sätze vor, welche mit Vermeidung der Schuldefinition den Konkurs und dessen Eintheilung vollständig bezeichnen. Nicht jeder Streit über den Vorzug unter mehreren Gläubigern ist ein Konkurs, sondern dieser setzt dabei noch voraus, daß das Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreicht (N. 1. 2.) wodurch zugleich der Satz, welchen der folgende §. 3. num. 1. ausspricht, daß die Insuffizienz des Vermögens allein nur Konkursmässigkeit, aber noch nicht den Konkurs selbst ausmacht, hier schon angedeutet ist. Die bekannte Eintheilung des Konkurses in den *allgemeinen* und *besonderen* (Num. 3. u. 4.) mußte angegeben, übrigens die Bestimmung der Fälle, in welchen ein Partikular-konkurs eintritt, dem Civilgesetzbuch überlassen werden.

§. 2.

Gerichtsstand des Konkurses.

Austheilung des Vermögens eines Gemeinschuldners unter dessen Gläubiger nach gesetzlicher Ordnung ist Zweck des Konkurses, und rechtfertigt die Bestimmungen über den Gerichtsstand.

§. 3.

Anfang des Konkurses.

Die bekannten Eintheilungen des Konkurses in den *materiellen*, *imminenden* und *formellen*, worüber wir eine kleine Bibliothek juristischer Schriften *) besitzen, die Wirkungen, welche man jedem derselben beilegen will oder muß, dann die Frage, *wann fängt der Konkurs an*, von welcher sogar Dabelow in seinem schätzbaren Werke über den Konkurs der Gläubiger sagte, daß man keinen Zeitpunkt eigentlich angeben könne, sind für einen neuen Prozeßkodex eine schwere Aufgabe, nicht bloß in der Hinsicht, daß die *Sache* richtig bestimmt werde, sondern auch in der Hinsicht, daß die legislative *Form* beibehalten werde, und das neue Gesetz nicht

*) Man vergleiche hierüber mein Handb. am ang. O. §. 16. u. ff.

die Gestalt einer von Justinians fünfzig Dezisionen erhalte. Ich darf mir das Verdienst zueignen, in wenigen Bogen, welche der vierte Band meines Handbuchs des Civilprozesses über den Konkurs der Gläubiger enthält, diesen Gegenstand aufgestellt, und den ganzen Streit so gehoben zu haben, daß nunmehr Martin und Thibaut in ihren Lehrbüchern meiner Ansicht im Ganzen, einige unbedeutende Nebendinge abgerechnet, beipflichteten, und so habe ich denn auch hier meinen für richtig anerkannten Weg eingehalten, doch ohne alle doktrinaire Affektation und fern von aller Schulform. Selbst die Worte materieller und formeller Konkurs mußte ich ganz mit Stillschweigen übergehen; man darf in einem neuen Gesetzbuche die Rechtsgelehrten nicht an jene alten Worte erinnern, womit sie ihre unrichtigen Vorstellungen und ihre Kontroversen bezeichnet haben, sonst erwacht der ganze alte Streit. Ich gehe daher

1) von dem Satze aus, die Insuffizienz des Vermögens ist für sich allein, und selbst dann, wenn mehrere Gläubiger auf ihre Zahlung dringen, kein Konkurs, sondern immer nur *Anlaß des Konkurses*. Es ist sogar handgreiflich, daß auch zwanzig Gläubiger auf Eröffnung ei-

nes Konkurses so wenig als zwei Gläubiger ein Klagrecht haben, denn ihnen steht, wenn sie die Eröffnung des Konkurses verlangen, a) *exceptio de jure tertii*, b) *exceptio cumulationis subjectivae* entgegen, sie können *vor erkanntem Konkurse* nur als *singuli* auftreten, jeder kann *nur seine Bezahlung* fordern; aber der Richter kann sie nicht gewähren, wenn er, sey es durch eine Erklärung des Schuldners selbst — die bekannte *Cessio bonorum* — oder durch andere Umstände — oder durch eine vorläufige Untersuchung des Vermögensstands — sich von der Nothwendigkeit überzeugt, den Konkurs zu eröffnen, um *jeden Gläubiger*, dessen Recht durch andere *Mitgläubiger* eines *verschuldeten Vermögens* beschränkt wird, nur mit Rücksicht auf diese Beschränkung, und auf diese Art *alle Gläubiger in rechtlicher Ordnung nach den Kräften des Vermögens befriedigen* zu lassen. — Der Konkurs kann demnach nur durch einen *Ausspruch des Richters* seine Entstehung erhalten, also auch nur durch die Publikation jenes Ausspruchs des *Decreti de aperiundo concursu* seinen Anfang nehmen. Diese Grundlage habe ich nun in den *zwei ersten Sätzen* ausgesprochen.

2) Aber jedem richterlichen Erkenntniß muß eine Untersuchung vorausgehen, und diese kann bei einem Erkenntnisse auf Konkurs nur die Frage zum Gegenstand haben, ob die Bedingungen zur Eröffnung eines Konkurses vorhanden seyen. Ob diese Untersuchung kurz ist oder weitläufig, das ändert nichts an der Sache, bemerken wir dieses doch sogar im ordentlichen Prozesse! Wenn der Schuldner auf die Mittheilung der Klage die ganze Schuld einbekennt, so ist der Prozeß freilich schneller entschieden, als wenn er weitläufige Einwendungen macht, aber *ein* Prozeß war doch vorhanden, und der Richter muß doch sprechen, daß der Schuldner verbunden sey, zu bezahlen. Gerade so verhält es sich beim Konkurse. Bekennt der Debitor seine Insolvenz, so braucht der Richter *nicht mehr* zu untersuchen, aber jenes Geständniß muß er zu Protokoll nehmen, und das: Ergo aperiatur concursus aussprechen. Daher der dritte Satz: bei *jedem* Konkurse ist das *Präliminarverfahren* vom *Hauptverfahren* zu unterscheiden. Es versteht sich aus Num. 2. von selbst, daß das Dekretum de aperiundo concursu die Brücke von einem Verfahren zum andern sey.

3) Doch ist hiedurch noch nicht alles erschöpft, und ein einziges Beispiel mag zum

Beweise dienen, wie nothwendig es bei jedem positiven Gesetze sey, fest die allgemeinen Prinzipien zu verfolgen, und wie sehr sich z. B. noch Thibaut *) geirrt habe, wenn er bei der *Cessio bonorum* den Anfang nicht von der *Publikation* jenes richterlichen *Decreti de aperiundo concursu*, welches auf die *Cessio bonorum* erfolgen muß, sondern von der *Cession selbst* datirt. Ist Thibauts Ansicht wahr, so muß sein Satz auch auf ein Hypothekensystem anwendbar seyn, welches auf Publicität und Specialität beruhet, denn wahrlich dieses System kann am Anfange des Konkurses nichts abändern. Nun wende ich Thibauts Theorie auf folgenden Fall an: Titius hat kraft eines früheren Vertrags das Recht, eine Hypothek auf das Gut A des Cajus durch Inskription zu erlangen. Titius reiset in das Gericht, unter welchem das Gut A liegt, seine Hypothek wird inskribirt, aber einen Tag, nachdem der Cajus in seinem Wohnsitz sich für insolvent erklärt, d. h. bonis cedirt hatte. — Gilt die Hypothek? — Nach Thibaut gilt sie nicht, denn vom Anfang des Konkurses an, kann kein Gläubiger mehr ein Recht oder einen Vorzug erwerben und der Konkurs
fing

*) Pandektenrecht Band III. §. 1219.

fieng ja per cessionem bonorum an: und doch mußs sie gelten, denn dem Gläubiger war noch nichts publizirt, also für ihn hatte der Konkurs seinen Anfang noch nicht genommen.

4) Jenes Erkenntniß ist dem anwesenden Schuldner bald möglichst zum Protokoll zu eröffnen, bei den Gläubigern vertritt die Ediktalladung die Stelle der Publikation. — Hiermit ist implicite bestimmt, daß die Wirkungen des Konkurses in Ansehung des Schuldners früher eintreten können als in Ansehung der Gläubiger, weil jenem früher als diesen das Erkenntniß auf Eröffnung des Konkurses bekannt gemacht werden kann, und die Wirkungen mit dieser Eröffnung ihren Anfang nehmen.

§. 4.

A. Präliminarverfahren.

- 1) Wenn keine Untersuchung des Vermögensstandes nothwendig ist.

Nach dem vorausgehenden mußte also das *Präliminarverfahren* von dem *Hauptverfahren* unterschieden werden, jenes hat die richterliche Entscheidung der Frage zum Gegenstand, ob der Konkurs eintreten müsse, dieses hat die nach erkanntem Konkurse nothwendigen

Handlungen zum Gegenstand. Größerer Deutlichkeit wegen habe ich die Fälle, wo keine Untersuchung des Vermögensstandes nothwendig ist, von dem Falle gesondert, wo jene Untersuchung vorhergehet, und sehr vorbedächtig in der Ueberschrift nicht von einer *Untersuchung überhaupt*, als welche nach den Bemerkungen zum §. 3. immer nothwendig ist, sondern von der *Untersuchung des Vermögensstandes* gesprochen.

§. 5.

2) Wenn eine Untersuchung des Vermögensstands vorausgeht.

Man darf sich nicht wundern, wenn der Schuldner solange als möglich dem Konkurse zu entgehen sucht, denn der Konkurs wirft ihn aus dem Besitze und Genusse seines Vermögens, vernichtet seinen Kredit und beinahe seine ganze bürgerliche Existenz. Gewöhnlich stellt daher der Schuldner sein Vermögen größer, und seine Schuldenlast kleiner dar, bringt verschiedene Mittel und Aussichten vor, womit er nach und nach oder mit Ablauf einiger Jahre seine Gläubiger theils sicher stellen, theils befriedigen könnte, verlangt gerichtliche Einleitungen, um ihn durch Nachlassverträge, Fristregulirung, oder Moratorium noch zu retten,

und nicht selten gehet dem Ausbruch des Konkurses eine solche stillere Behandlung des Debitwesens vor. In solchen Fällen ist es Pflicht des Richters, sich weder durch übertriebene Härte noch durch unzeitige Milde hinreissen zu lassen, und insonderheit dafür zu sorgen, daß gleich bei Einleitung eines solchen Debitwesens der Schuldner angehalten werde, von dem Ertrage seines Vermögens von Zeit zu Zeit alles dasjenige, was der beschränkte Unterhalt seines Hauswesens übrig läßt, dem Gerichte zur Befriedigung der Gläubiger einzuhändigen, indem sonst, wie die Erfahrung zeigt, nach mehrjährigen Umtrieben die Zinsen und Schulden anwachsen, die Güter des Schuldners vernachlässiget werden, daher der Schuldner am Ende noch weniger zu retten ist, und der Verlust der Gläubiger mit jedem Tage zunimmt. Daß bei offenbarer Suffizienz des Vermögens der Konkurs nicht eintritt, und nur die exekutiven Maasregeln begründet sind, daß aber auch, um den Konkurs zu eröffnen, eine Gewissheit der Insuffizienz nicht erfordert wird, das sind Wahrheiten, die einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung nicht bedürfen. Wer hinreichendes Vermögen hat, kann seine Solvenz leicht beweisen, und wer diesen Beweis nicht liefern kann, wider den streitet die

Vermuthung der Insolvenz um so stärker, als gewöhnlich solche Menschen manche Schulden verschweigen, manche nicht einmal wissen, die sich nach der Ediktalladung hervorthun. Ueberhaupt ist bei Eröffnung des Konkurses noch alles ungewiß, denn bei der offenbarsten Ueberschuldung bleibt der Fall möglich, daß viele Gläubiger sich gar nicht melden, und dann das Vermögen zur Befriedigung der angemeldeten Forderungen hinreicht.

Dem Richter wurde vorgezeichnet, wie er sich bei dieser approximativen Prüfung des Aktiv- und Passivstandes zu benehmen habe, und die Vorschläge bedürfen keiner weiteren Rechtfertigung.

§. 6.

Wirkungen dieser Präliminaruntersuchung.

Bei dieser Untersuchung muß der Richter mit höchster Schonung zu Werke gehen, und, solange möglich, alles öffentliche Aufsehen vermeiden, damit nicht der Schuldner dadurch um seinen Kredit und um die öffentliche Meinung gebracht werde; was mit dieser Schonung bestehet, kann allerdings zur Sicherstellung der Masse gegen den Schuldner verhängt werden, wie denn auch die etwa schon im Exeku-

tionswege erkannten Sequestrationen dadurch nicht sistirt werden, vielmehr die, jetzt erst begründeten Vorkehrungen sich besonders auf die während dieser Präliminaruntersuchung eingehenden Früchte und Theile des Vermögens (z. B. bei Handelsleuten die bekannten Neu-jahrs- oder Meß-Rechnungen) erstrecken sollen. Daher wird nicht nur dem Schuldner bei Strafe des muthwilligen Bankerutts jede Veräußerung (im weiten Sinne des Worts) untersagt, sondern es können auch nach Umständen, deren Würdigung dem klugen Ermessen des Richters überlassen ist, gegen Verschleppungen provisorische Maasregeln getroffen werden, doch keine solche, welche dem Schuldner die Verwaltung seines Vermögens entziehen oder seinen Verkehr stören.

§. 7.

Entscheidung nach der Präliminaruntersuchung.

Oben wurde zum §. 3. bemerkt, daß die Eröffnung des Konkurses in allen Fällen ein Erkenntniß des Richters voraussetzt, womit das Präliminarverfahren sich endiget. Ueber diese Entscheidung und ihre Wirkungen müssen genauere Bestimmungen gegeben werden. Ist die Eröffnung eines Konkurses nicht nothwendig (Num. 1.), so werden die deswegen

verhängten provisorischen Maasregeln aufgehoben, und nur dasjenige kann beibehalten werden, was die Exekution ausser dem Konkurse mit sich bringt. Ist sie aber nothwendig, so wird hierauf (Num. 2.) erkannt, selbst in jenen Fällen, wo (§. 4.) eine nähere Untersuchung des Vermögensstandes nicht nothwendig war, und die Prozedur unterscheidet sich nur dadurch, dafs in diesen Fällen das Decret de aperiundo concursu sogleich als rechtskräftig betrachtet und zu allem geschritten wird, was diese Rechtskraft mit sich bringt; gieng aber eine besondere Untersuchung des Vermögensstandes vorher, so mufs das Erkenntnifs dem Gemeinschuldner, welcher dagegen die Appellation, jedoch unter einem sehr beschränkten Termine, ergreifen kann, schleunig und wo möglich zu Protokoll publizirt werden. Von nun an hört alle Schonung auf, denn die Rechte der Gläubiger haben nunmehr den unbedingten Anspruch auf den Schutz der Gerichte, und selbst die Einwendung der Appellation kann die Vorkehrung strenger Maasregeln zur Sicherstellung der Masse nicht mehr aufhalten. Nur die Inventur und die Ediktalien bleiben, als verschiebliche Einschreitungen, bis zur Entscheidung der Appellation ausgesetzt.

§. 8.

Wirkungen des rechtskräftig erkannten Konkurses.

Besondere Betrachtung fordern die Wirkungen des rechtskräftigen und verkündeten Erkenntnisses. Dafs der Schuldner (Num. 1.) gänzlich aus dem Besitze und der Verwaltung jenes Vermögens gesetzt wird, welches die Konkursmasse ausmacht, versteht sich von selbst. Hat er ein Gewerbe als ein Realrecht, welches wegen seiner Veräusserlichkeit als Theil der Masse anzusehen ist, so muß dieses, gleich einem andern rentablen Gute, verwaltet und zum Vortheil der Gläubiger benützt werden; Personalgewerbe hingegen setzt der Gemeinschuldner fort, doch kann er angehalten werden, von deren Ertrage dasjenige, was nach Abzug seines und seiner Familie Unterhalts übrig bleibt, zur Konkursmasse abzugeben: nach gleichen Rücksichten sind die Lehen- oder Majoratsgüter (§. 29.) zu bemessen, von welchen nur der Ueberschuß an Renten der Konkursmasse zufällt. Von den nachfolgenden Bestimmungen, welche die Exposition des bekannten Axioms sind: *Concursus est judicium universale*, muß ich für einige, weil sie von der gewöhnlichen Darstellung abweichen, die Gründe näher angeben.

Die Gemeinschaft (Num. 2.) in welche die Gläubiger durch den Konkurs versetzt werden, erstreckt sich nicht weiter, als sie für Erhaltung der Masse und Verminderung der Ansprüche ein gemeinschaftliches Interesse haben; mit dieser Gemeinschaft ist das besondere Interesse eines jeden Gläubigers für seine Forderung und für ihren Vorzug sehr wohl vereinbar.

Die Allgemeinheit des Konkurses umfaßt auch (Num. 3.) alles Vermögen des Gemeinschuldners, sowohl das gegenwärtige als das zukünftige, und es ist nur Vorurtheil, wenn manche glauben, man könne den Gläubigern, welche sich in den Konkurs nicht eingelassen haben, auf dem nach dem Konkurse erworbenen Vermögen einen Vorzug einräumen. Eben derselbe Grundsatz, welcher für den allgemeinen Konkurs gilt, kommt auch bei dem Partikularkonkursen in Anwendung.

Wie weit sich die Allgemeinheit des Konkurses in Ansehung derjenigen erstreckt, welche auf eine unter dem Vermögen des Gemeinschuldners befindliche Sache aus einem dinglichen Rechte einen Anspruch haben, darüber trifft man in Gesetzbüchern und bei Rechtslehrern verschiedene und irrige Meinungen an.

Es giebt dingliche Rechte an solchen Sachen, welche einer Anmeldung im Konkurse gar nicht unterworfen sind. Lehenbarkeit, grundherrlichen Nexus, Zehent, Servituten u. dgl. werden als dingliche Lasten betrachtet, welche mit der Sache auf jeden Besitzer übergehen, daher einer Anmeldung und Liquidation im Konkurse nicht bedürfen. — Auf jeden aber, welcher eine unter dem Vermögen des Gemeinschuldners befindliche Sache, dieser sey Inhaber oder Besitzer derselben, als Eigenthum in Anspruch nehmen will, der muß (N. 4.) seinen Anspruch anmelden, aus dem doppelten Grunde, weil sonst weder das zur Bezahlung der Gläubiger zu verwendende Vermögen richtig gestellt, noch demjenigen, welcher bei der gerichtlichen Versteigerung einzelne in der Konkursmasse vorhandenen Sachen kauft, hinreichende Sicherheit geleistet werden könnte, ob nicht irgend ein dritter darauf einen dinglichen Anspruch habe. Auch die Vindikanten und andere Separatisten, ob sie gleich sich nicht eigentlich in den Konkurs einlassen müssen, können demnach von der Anmeldung ihres Anspruchs bei dem Konkurse nicht frei gezählt werden, jedoch muß ihnen sowohl die publizianische Klage als der Gebrauch possessorischer Rechtsmittel zugestanden werden.

Gewöhnlich leitet man aus der Allgemeinheit des Konkurses die Wirkung ab, daß die Prozesse, welche schon vor ausgebrochenem Konkurse bei einem andern Gerichte anhängig waren, zum Konkursgericht gezogen, dort aber in der Lage fortgesetzt werden müssen, worin sie sich zur Zeit des Uebergangs befinden. Die Nothwendigkeit, diese Forderungen bei dem Konkursgerichte *anzumelden*, leuchtet von selbst ein, weil in einem Konkurse sämtliche Ansprüche ausgemittelt werden müssen: auch ist die Priorität solcher Forderungen lediglich bei dem Konkursgerichte zu verhandeln und im Prioritätsurtheil (ihre Liquidität vorausgesetzt) zu entscheiden; aber zu jener anziehenden Kraft habe ich keinen hinreichenden Grund gefunden. Ueberhaupt könnte sie nicht eintreten 1) in Sachen, welche in der höheren Instanz anhängig sind; 2) in Sachen, welche an ein besonderes Forum *) ge-

*) Mit Grund rechnet die preussische Gerichtsordnung Th. I. Tit. 50. §. 134. dahin den Fall, wenn der Gemeinschuldner bei einer Staatskasse als verrechnender Beamter angestellt gewesen, und es sich um die Liquidation seines Rechnungsrestes handelt; ich billige sogar vollkommen, daß man diese Liquidation, sollte sie auch nicht

hören, 3) in Sachen, welche früher bei einem ausländischen Gerichte anhängig waren. Mir schien es daher nicht räthlich, eine Regel aufzustellen, welche der höheren Regel von den Wirkungen der Litispendenz widerspricht, und nicht anders als mit Beifügung mehrerer, die Regel in der Anwendung verschlingender, Ausnahmen aufgestellt werden könnte. Uebrigens ist die Belassung solcher Prozesse bei dem vorigen Richter nicht allein durch die Bestimmung des folgenden Num. 6. beschränkt, sondern sie kann auch von solchen Gläubigern nicht als ein Grund angeführt werden, um sich denjenigen rechtlichen Folgen zu entziehen, welche sonst aus dem Daseyn eines Konkurses z. B. hinsichtlich der unfreiwilligen Nachlassverträge entspringen.

Der Konkurs sistirt nicht nur alle bereits angefangenen Exekutionen zum Vortheil einzelner Gläubiger, sondern er hebt auch (N. 6.) alle jene Prozesse auf, welche eine ausserordentliche Rechtshülfe oder einen proviso-

schon vor ausgebrochenem Konkurse bei der Rechnungsbehörde anhängig gewesen seyn, von der Allgemeinheit des Konkursgerichtes ausnimmt, und ausschliessend an diese Rechnungsbehörde verweist.

rischen Zustand zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bezielen, denn die gänzliche Auseinandersetzung des verschuldeten Vermögens und dessen Vertheilung unter sämtliche Gläubiger, als Zweck des Konkurses, ist nicht anders möglich, als wenn jede Forderung zu einem peremtorischen Rechtszustand vollständig verhandelt und entschieden werde; daher kann kein Arrest mehr verlangt, keine Exekutivklage mehr angestellt, keine illiquide Einrede ad separatum verwiesen, vielmehr müssen alle diese mit dem Zwecke des Konkurses unvereinbaren Prozeßarten sistirt und die Forderungen dem Konkursprozeß gemäß, zur definitiven Entscheidung des peremtorischen Rechtszustands verhandelt werden *).

§. 9.

B. Hauptverfahren.

Es war nothwendig, einen Ueberblick von jenen Handlungen vorzuschicken, aus welchen das Hauptverfahren bestehet, und dabei den Richter aufmerksam zu machen, daß diese verschiedenen Handlungen, welche im

*) Puffendorf Obs. Jur. Un. Tom. IV. Obs. 83. Preuss. Gerichtsordnung Th. I. Tit. 50. §. 135. Mein Handb. Bd. IV. Abh. 82. §. 15.

Gesetzbuch nicht chronologisch, sondern nach ihren Objekten systematisch zu behandeln waren, der Zeit nach zweckmässig in einander gefügt werden müssen, um den Konkurs bald möglichst zu endigen. Das Hauptverfahren hat zwei Gegenstände, nämlich I. die Verhandlung über 1) die Richtigkeit und 2) den Vorzug jedes Anspruchs oder jeder Forderung: II. die Behandlung des Vermögens, um alles, was zur Konkursmasse gehört, zu derselben zu bringen, das fremde davon abzusondern, die Masse zu verwalten, die Vermögenstücke zu verkaufen, und den Preis zur Zahlung der Gläubiger zu verwenden. Der erste Gegenstand ist rein juristischer kontentioser Natur, der zweite ist administrativ, beide mußten also im Gesetzbuch getrennt werden; aber in der Anwendung muß der Richter seine Handlungen zweckmässig eintheilen, daher zwischen der Ediktalladung und dem ersten Ediktstage das Inventar herstellen, damit er in demselben den versammelten Gläubigern den Zustand der Masse vorlegen und mit ihnen die Mittel berathen kann, wie etwa dem weiteren Verfahren vorgebeugt, oder wie die Masse zum gemeinschaftlichen Vorthail verwaltet werden kann; zwischen dem zweiten und dritten Ediktstage muß er die Versteigerung vornehmen.

Ehe ich nun zu den einzelnen Bestimmungen schreite, muß ich mich umständlicher über den Geist des hier vorgeschlagenen Konkursprozesses erklären.

Die *preussische* und *österreichische* Gerichtsordnung lassen jede einzelne Forderung auch im Konkurse gleich jeder anderen Klage verhandeln, und verbinden den Gläubiger, dabei nicht nur die Liquidität derselben, sondern auch den Vorzug, auf welchen er bei der Klassifikation Anspruch zu haben glaubt, auszuführen; nur macht die *österreichische* Gerichtsordnung den, wie mir scheint, sonderbaren Beisatz, daß gegen die Klassifikation nicht appellirt werden könne, sondern den klassifizirten Gläubigern, welche vermeinen, daß sie in eine bessere Klasse hätten gesetzt werden sollen, oder welche einem andern sein Vorrecht zu bestreiten gedenken, vorzubehalten sey, ihre Vorrechtsklage (bei Verlust dieses Rechts) binnen 30 Tagen einzureichen. Diese Verfahrungsart ruhet auf der Ansicht, daß jede Forderung eine besondere Klage, daher jede besonders auf die nämliche Art, wie man ausser dem Konkurse verfährt, zu instruiren sey.

Allein diese Anordnung bringt sehr grosse Nachtheile hervor, und erzeugt alle jene

Verwickelungen, welche die älteren Rechtsgelehrten veranlafsten, den Konkurs mit einem Labyrinth zu vergleichen. Denke man sich nur dreisig Forderungen bei einem Konkurse, um die Arbeiten des Richters und die Kosten der Instruktion jener dreisig Prozesse mittelst besonderer Ladungen und Prozeßschriften zu berechnen, und die Beschwerden hinsichtlich des Streits über die Priorität unter einzelnen Gläubigern einzusehen, damit derselbe mit Vernehmung der wirklich betheiligten gültig verhandelt werde. Erhalten nun noch die Gläubiger durch die gesonderte Verhandlung einzelner Forderungen Anlaß, über Inzidentpunkte zu appelliren, so steigt der Verzug und die Verwirrung auf einen Grad, dessen Folgen sich gar nicht berechnen lassen. Allein diesen Mängeln beugt der in *Baiern* schon von alten Zeiten her übliche und in der Gerichtsordnung vom Jahre 1753. beibehaltene Ediktalprozeß so genügend vor, daß ich mich nicht genug wundern kann, wie jenes meisterhafte Institut den Verfassern neuerer Gesetzbücher und Gesetz - Entwürfe entgehen konnte, besonders, da jenes baierische Institut auf eben dem Prinzip beruhet, welches dem vormaligen Prozeß am Reichskammergericht (anders war es bei dem Reichshofrath) im Ganzen zum Grunde

lag. Sobald die Ladung ergangen (Prozess erkannt) war, kam die Sache zur Verhandlung in die offene Audienz, da wurde die Ladung reproduziert, da der Streit in Anwesenheit beider Partheien durch die zur steten Frequentierung der Audienzen verpflichteten Prokuratoren bis zum Schlusse verhandelt: die erste Ladung hatte die Partheien zur Verhandlung der ganzen Sache vorgerufen, und das Gesetz im Voraus die Termine zur Uebergabe der Prozessschriften bestimmt, ohne daß besondere Kommunikativdekrete oder prozessleitende Verfügungen des Gerichts nothwendig waren. Eben dieses Prinzip adoptirte der baierische Gant- oder Ediktsprozeß, indem er die Ediktalladung keineswegs auf die *erste* Anmeldung und Liquidation der Ansprüche einschränkt, sondern vielmehr auf *alle* Verhandlungen hinsichtlich der Liquidität und Priorität erstreckt, daher sogleich und *im voraus* durch Ediktalladung den Termin zur Exception, sodann in gleicher Art zur Replik und Duplik, das Beweisverfahren einbegriffen, ansetzt, und alle Gläubiger zu diesen Terminen (Ediktstagen) ein für allemal vorladet. Auf diesem Wege allein ist es möglich, das Verfahren im Konkurse zu simplifiziren und ohne Verwirrung mit größter Ersparnis an Zeit, Arbeit und Kosten zu endi-

endigen. Aus der Einsicht mehrerer, auf diese Art, verhandelter Konkursakten habe ich mich von der Zweckmässigkeit dieses Ediktal-Verfahrens vollkommen überzeugt, daher auch im Entwurfe vorgeschlagen, als das Beste, was ich unter allen Gesetzbüchern und Verordnungen über den Konkurs kenne, und dessen Vorthelle ich, jedoch nur unter den von mir beigefügten Modifikationen und Zusätzen, verbürgen kann.

§. 10.

I. Verfahren in Ansehung der Liquidität und Priorität.

1) Ediktalladung.

Ueber die Ediktalladung, deren Nothwendigkeit allgemein anerkannt ist, habe ich folgendes zu bemerken. 1) Da nach der oben (§. 8.) gerechtfertigten Ansicht auch die Vindikanten ihre Ansprüche bei dem Konkurse anmelden müssen, so ist die Ediktalladung nicht bloß auf die Gläubiger zu richten, sondern allgemeiner abzufassen, damit sie alle diejenigen umfaßt, welche an das Vermögen einen Anspruch haben. 2) Erstreckt sich die Vorladung zur rechtlichen Verhandlung von selbst und kraft des Gesetzes auch auf den Punkt der Priorität, weil es im Konkurse nicht

allein auf die Richtigkeit des Anspruchs, sondern auch auf dessen Vorzug vor andern Ansprüchen ankommt. 3) Die Frage, ob die mit der Ediktalladung verbundene Androhung der Präklusion auf die gegenwärtige Konkursmasse zu beschränken oder auf den gänzlichen Verlust des Anspruchs zu erstrecken ist? kann auf dem legislativen Standpunkt nicht lange bestritten werden. Schon als eine Aufforderung zur Klage betrachtet, erscheint ihre Erstreckung auf gänzlichen Verlust des Anspruchs in Harmonie mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (B. I. K. V. §. 7.); noch nothwendiger aber ist diese Erstreckung wegen der Vindikation und jener Sicherheit, welcher einem Jeden gewährt werden muß, der aus der öffentlichen Versteigerung eine unter dem Vermögen des Gemeinschuldners befindliche Sache erkauft. Wozu sollte auch jene halbe Maasregel nützen, womit man die im Liquidationstermine nicht erscheinenden Gläubiger nur vom Antheil an der gegenwärtigen Masse ausschliessen will? Hat ein Gläubiger keine Lust, sich in den gegenwärtigen Konkurs einzulassen, jedoch die Absicht, seinen Anspruch künftig geltend zu machen, wenn etwa der Gemeinschuldner nachher wieder zu Vermögen kommt, so kann er seine Forderung im Konkurse anmelden und

sich deren künftige Realisirung vorbehalten: thut er aber dieses nicht, so ist es ganz gerecht, wenn das Gesetz sein Stillschweigen für einen Verzicht auf seinen Anspruch jenen Grundsätzen gemäß annimmt, welche bei Provokationen gelten. 4) Dem Gemeinschuldner muß das Erkenntniß auf Eröffnung des Konkurses bekannt gemacht werden; ist demnach dessen Aufenthaltsort unbekannt, so muß auch auf ihn (oder dessen Erben) die Ediktalladung gerichtet seyn, denn er ist bei Erkennung und Verhandlung des Konkurses eben so wesentlich interessirt als jeder Gläubiger. 5) Zur Verhandlung über Richtigkeit und Vorzug der Forderungen werden vier Termine im voraus angesetzt, welche mit dem Namen *Ediktstage* richtig bezeichnet sind; diese vier Termine, folgen nach Analogie des gewöhnlichen Verfahrens in vier Sätzen, in dieselben wird die Erhebung der Beweise eingereiht oder denselben unmittelbar angeschlossen, und es zeigt die Berechnung, daß auch der größte Konkurs innerhalb Jahresfrist, ein geringer Konkurs in einem halben Jahre (das Klassifikationsurtheil einschlüssig) geendiget seyn kann. Noch keine andere Gesetzgebung konnte den schnellen Ausgang der Konkursprozesse — die übrigen

Bestimmungen des Entwurfs vorausgesetzt — mit gleicher Zuverlässigkeit verbürgen.

§. 11.

2) *Privatladung der gerichtlich bekannten Gläubiger.*

Daß die zu den Akten bekannten Gläubiger, neben der Ediktalladung besonders (durch Patent oder Zirkulare) vorgeladen werden, ist ganz billig, denn es ist nicht eines Jeden Sache, der möglichen Konkurse wegen die öffentlichen Blätter, worin die Ediktalladungen stehen, zu lesen, und bei manchen Gläubigern bieten sich der Legislation Gründe dar, die es räthlich machen, durch besondere Ladungen die Erhaltung ihrer Rechte zu erleichtern. Die Nothwendigkeit, die Ediktstage dem Gemeinschuldner oder dessen bekannten Erben (Num. 1.) besonders *) bekannt zu machen, solange es möglich ist, läßt sich wohl nicht verkennen; räthlich aber ist eine gleiche Bekanntmachung (N. 2.) an den Lehen- oder Grundherrschaft des Gemeinschuldners, welcher da-

*) Die allgem. preuss. Gerichtsordnung Th. I. Kap. 50. §. 114. hat dieses anerkannt; sonderbar, daß andere Prozessordnungen vom Gemeinschuldner sowenig Notiz nehmen, als wäre er gar keine Hauptperson im Kon-
kurse.

bei sowohl wegen rückständiger Prästationen als wegen der Veräusserung betheiligt ist; ich billige sogar, daß eine gleiche spezielle Bekanntmachung an die Staatsrentämter, dann an die Verwaltung der Gemeindekasse und die Brandversicherungsgesellschaft, mit Rücksicht auf den Wohnort des Gemeinschuldners und die Lage seiner Grundstücke *) vorgeschrieben werde; eben dieses gilt (Num. 3.) von den im Hypothekenbuche vorgemerkten Gläubigern. Nur für die übrigen zu den Gerichtsakten bekannten Gläubiger (Num. 4.) war eine nähere Bestimmung darüber nothwendig, welche Gläubiger darunter zu verstehen seyen. Will man nicht den Richter in die Verlegenheit setzen, mit undankbarer Mühe und mit großer Verantwortlichkeit alle seine Gerichtsakten sowohl für streitige als unstreitige Rechtssachen, alle Eheverordnungen, Theilungsbriefe, Vergleiche, Vormundschaften u. dgl. zu durchgehen, so muß das Gesetz eine durchgreifende Vorschrift geben. Daß ich nur jene Forderungen als zu den Gerichtsakten bekannt annehme, worüber in den letzten drei Monaten vor eröffnetem

*) Die allgemeine preussische Gerichtsordnung a. a. O. §. 101. enthält diese Vorschrift.

Konkurse bei dem Konkursgerichte der Streit anhängig war, scheint mir keiner Rechtfertigung zu bedürfen.

§. 12.

3) Vom ersten *Ediktstage ad liquidandum et producendum.*

a) *Präklusion der nicht angebrachten Ansprüche.*

Bei dem ersten Ediktstag, der eigentlich die Grundlage des ganzen Konkursprozesses bildet, kommen drei Punkte in Betracht, welche ich ihrer Wichtigkeit wegen in drei Paragraphen gesondert habe. Der erste Punkt ist die Präklusion derjenigen, welche ihre Ansprüche im ersten Ediktstage nicht angemeldet haben, bei welchem die Frage: auf welche Rechte und Ansprüche sich die Präklusion kraft dieses Termins erstrecke, mit genauer Zergliederung beantwortet werden muß. Durchgehends hielt ich den schon im vorausgehenden gerechtfertigten Gesichtspunkt fest, daß eine gänzliche Austheilung des Vermögens an die Gläubiger gebieterisch fordert, die Präklusion auf alle zu erstrecken, welche an dasjenige, was sich unter dem Vermögen des Gemeinschuldners befindet, einen Anspruch haben, sodann die Folge der Präklusion nicht auf die Ausschliessung von der gegenwärtigen

Masse zu beschränken, sondern vielmehr in dem Erlöschen des Anspruchs zu bestimmen; doch genügt das *Anmelden* eines Anspruchs im ersten Ediktstage, womit man eine Verwahrung gegen die Einlassung in den Konkurs und den Vorbehalt seines Rechts verbinden kann, um der Präklusion zu entgehen; überhaupt darf auch das Anmelden die Rechte nicht entziehen, welche einem Vindikanten, Separatisten, Kompensanten oder Faustpfandgläubiger den Gesetzen nach zustehen. Die einzelnen Bestimmungen finden in sich selbst ihre Rechtfertigung.

§. 13.

b) Vorläufige Handlungen im ersten Ediktstage.

Ein Gesetz, welches bei dem ersten Ediktstage von nichts anderm, als von der Liquidation Notiz nimmt, erfüllt seinen Zweck sehr unvollkommen. Das erste, was wegen der präklusiven Kraft des ersten Termins geschehen muß, um die Zahl und Summe der Ansprüche zu fixiren, ist die Aufzeichnung (N. 1.) derjenigen, welche mit Ansprüchen aufgetreten sind; die preussische Gerichtsordnung kennt diesen Akt unter dem Namen Konnotationsprotokoll, in Baiern trägt er den Namen Präsenzprotokoll. Ich habe bei jedem Anspruch

die Angabe des Gegenstands und des Grunds, dann die Summe der Forderung *) verlangt, damit dieses Protokoll sogleich die beiläufige Uebersicht des Passivstands gewährt. Da aber der Richter nach meinem Vorschlag von der erlassenen Ediktalladung an bis zum ersten Ediktstage das Inventar des Aktivstands hergestellt haben muß, so ist nunmehr der Zeitpunkt eingetreten, wo mit einer höheren Zuverlässigkeit der Aktiv- und Passivstand übersehen werden kann, den man bei dem Präliminarverfahren nur beiläufig kannte. Gewiß wäre es unverantwortlich, wenn man jetzt ohne allen Blick auf die Bilanz zwischen Vermögen und angemeldeten Forderungen zur Fortsetzung des Konkurses schreiten, oder wenn man den Versuch unterlassen wollte, ob nicht jetzt noch durch eine Uebereinkunft der Gläubiger mit dem Schuldner oder der Gläubiger unter sich der Konkurs in der Geburt erstickt werden könne. Dieser Moment ist der wichtigste, und ganz dazu geeignet, viele

*) Z. B. 200. fl. Kapital vermög Hypothek vom 22. August 1813. samt dreijährigen rückständigen Zinnsen oder: 2000. fl. Heirathsgut vermöge Ehepakten und Quittung vom 5. September 1809.

Konkurse durch irgend eine Uebereinkunft so-
gleich zu beenden, oder wenigstens viele
Gläubiger gegen den Schaden zu bewahren,
den sie an Advokatenkosten erleiden, wenn
sie bei einem Aktivstand, welchen bevorzugte
Gläubiger verschlingen, noch ferner an den
Konkursverhandlungen Antheil nehmen sollen.
Daher habe ich den Richter (N. 2.) zur Vor-
lage dieser Bilanz verbunden, jedoch Vorsorge
(Num. 3. 4.) getroffen, damit nicht wegen der
allenfalls nöthigen Ratifikatorien der Edikts-
prozefs selbst auf den Fall, dafs die Ratifika-
tion verweigert wird, gestört werde.

Wird die Fortsetzung des Konkurses noth-
wendig, so müssen noch einige vorbereitende
Handlungen, insbesondere die Wahl des Kon-
tradiktors (N. 5.) und eines Ausschusses der
Kreditoren, sodann eine Berathschlagung über
die beste Verwaltung der Masse (N. 6.) nebst
einer Bestimmung der Kompetenz *) des Ge-

*) Ich kann hier einen gewöhnlichen Mißgriff
der Gerichte nicht unberührt lassen, welche
die Regulirung der Kompetenz, welche in
der Exekution ausser dem Konkurse ge-
schah, auch im Konkurse für fortgeltend
betrachten. Ein Schuldner, der alle seine
Gläubiger befriedigen kann, verdient wohl

meinschuldners (N. 7.) wenn er dazu ein Recht hat, vorausgehen, ehe zu der eigentlichen Liquidation geschritten wird. Diese Vorschläge sollen in der Folge zum §. 15. und 27. besonders gerechtfertigt werden.

§. 14.

c) *Liquidation.*

Der erste Ediktstag ist zur Liquidation der Ansprüche und ihres Vorzugsrechts bestimmt; da das mündliche Diktiren zu Protokoll sehr viele Zeit raubt, so habe ich verstatet, schriftliche Liquidationsrezesse zu übergeben. Die Verbindung der Beweise, sie mögen sich auf die Liquidität oder auf die Priorität beziehen, mit der Liquidation ist um so mehr gerechtfertiget, als sie sogar im ordentlichen Prozesse geschehen muß. Doch verstehet es sich hier wie dort von selbst, daß, wenn Einreden gegen die Beweismittel im zweiten Ediktstage vorgebracht werden, die Mängel des angetretenen Beweises noch im dritten Ediktstage gehoben und verbessert werden können. Der Fiskus, öffentliche Admi-

schonende Rücksicht, worauf bei eingetretener Insolvenz ein Ganthierer keinen Anspruch hat!

Liquidation geschehen muß, geschieht nicht, denn niemand hat den Beruf, sich mit dem Gemeinschuldner über die Einreden gegen jede Forderung zu benehmen, dessen Schriften, Handelsbücher und Aufzeichnungen genau zu durchgehen, und dasjenige zu erforschen, was zur Vertretung der Masse gegen jeden einzelnen Anspruch dienen kann. Schon diese Betrachtung macht die Einführung des Kontraktors rathlich: sie erscheint aber sogar aus dem Gesichtspunkte des Rechts nothwendig. Bei einem Konkurse ist in Hinsicht auf die Richtigkeit des Anspruchs der Gemeinschuldner sowohl als jeder Gläubiger betheiligt, nur hinsichtlich der Priorität hat der Gemeinschuldner kein Widerspruchsrecht, und unter verschiedenen Gläubigern, von welchen einer vor dem andern ein Vorzugsrecht fordert, besteht ein getheiltes Interesse. Hinsichtlich der Liquidität muß also gegen jede einzelne Forderung der Gemeinschuldner und die Gesamtheit der übrigen Gläubiger vertreten werden, denn der Gemeinschuldner ist Beklagter, und bleibt ein vermögender Mann, wenn er die Anforderungen widerlegen kann, die Gläubiger sind mitbetheiligt, denn die Gewissheit der Bezahlung steigt für jeden Gläubiger in dem Maafs, wie die Zahl der Forderungen

diktors eine Ersparnis zu, indem sie wegen der Exzeption gegen andere Forderungen im zweiten Ediktstage nicht zu erscheinen, auch keinen Advokaten mit grossen Reisekosten und Diäten dafür abzuschicken brauchen. Ich hielt also den Kontradiktor für ein sehr heilsames und in der Regel nothwendiges Institut bei dem Konkurse; nur bei unbedeutenden Ganzen (deren viele auf dem platten Lande vorkommen) mag dessen Aufstellung nach richterlichem Ermessen unterlassen werden.

Sein Amt bestehet principaliter darin, daß er die Konkursmasse im Namen der dabei Betheiligten, des Gemeinschuldners und der andern Gläubiger, gegen jede einzelne Forderung vertritt, daneben habe ich ihn ermächtigt, auch über den angesprochenen Vorzug Einwendungen zu machen, weil einestheils manche Einwendungen gegen die Liquidität auch auf die Priorität Einfluß haben, anderntheils vor dem Prioritätsurtheil eine noch unbestimmte Zahl von Gläubigern, oft sogar, wie gegen Vindikanten und Separatisten, die Gesammtheit der Gläubiger bei dem Prioritätspunkte betheiligt, folglich der Kontradiktor zur Vertretung berufen ist; jedoch ist er niemals befugt gegen das Prioritätsurtheil zu appelliren, weil eben

dieses Urtheil die vorher bestandene Gemeinschaft der Gläubiger auflöst, und nach demselben immer nur einzelne und bestimmte Gläubiger bei jedem Punkte dieses Erkenntnisses betheiligt, also auch schuldig sind, nunmehr ihre Rechte selbst und gesondert zu vertheidigen. Die Verwaltung der Masse gehet den Kontraktor gar nichts an, er kann aber in Folge eines besonderen Auftrags zur Beitreibung der Aktivforderungen gebraucht werden.

§. 16.

4) Vom zweiten Ediktstage *ad excipiendum*.

Wie auf die Klage die Antwort folgt, so ist der zweite Ediktstag zur Antwort auf die Liquidation der Forderungen bestimmt, welche daher ganz nach dem bemessen wird, was von der Antwort des Beklagten überhaupt verordnet ist. War ein Kontraktor aufgestellt, so soll derselbe (Num. 1.) gehörig vorbereitet die Antwort zu Protokoll geben, und die Verhandlungen in diesem Ediktstage bei Forderungen, gegen welche er ausführlicher handeln muß, durch schriftliche Rezesse erleichtern. Doch sind weder der Gemeinschuldner noch die Gläubiger von der Selbstvertretung ihrer Rechte (N. 2. 3.) ausgeschlossen. Auch die Priorität macht einen Gegenstand der Ein-

reden aus, welche sowohl vom Kontradiktor (§. 15.) als von den dabei besonders betheiligten Gläubigern (Num. 4.) vorgebracht werden können.

Hier mußte auch die Frage (N. 5.) beantwortet werden, welche Beweiskraft dem Geständniß des Gemeinschuldners zukomme. Dafs es zur Ergänzung unvollständiger Beweise dient, ist eine bekannte Wahrheit; aber die Gesetzgebung muß noch einen Schritt weiter gehen, wenn sie dem Leben anpassen soll; denn es giebt sehr viele kleine Schulden, worüber der Gläubiger sich mit Beweisen nicht leicht versehen kann: womit will der Dienstbot den Rückstand seines Lohns und kleiner Auslagen für die Dienstherrschaft, oder ein öffentlicher Gewerbsmann die kleinen Forderungen für kreditirte Nahrungsmittel, der gutherzige Nachbar die kleinen Vorschüsse an Geld und Naturalien beweisen, wenn jenes Geständniß keine Wirkung hat? Hier muß das Gesetz der Chikane vorbeugen, und unter Beschränkung auf eine bestimmte Summe dem Geständniß des Gemeinschuldners die Kraft eines vollständigen Beweises beilegen.

Dafs auch dieser Ediktstag kraft des Gesetzes peremptorisch (N. 6.) ist, versteht sich von

von selbst, aber seiner Bestimmung zufolge sind die Gläubiger in demselben zu erscheinen nicht verbunden, jene ausgenommen, welche in diesem Ediktstage etwas von dem, was sie im ersten Ediktstage vorbringen sollten, beizubringen haben; ausserdem bleiben sie auf ihre Gefahr aus, und verlieren nur jene Einwendungen, welche sie hätten vorbringen können.

Doch bedarf auch dieser Satz einer im Entwurf ausgedrückten Limitation, weil die Gemeinschaft unter den Gläubigern als Folge des Konkurses und die Aufstellung des Kontradiktors mit der Ermächtigung, auch über die Priorität im Namen aller Betheiligten zu verhandeln, die Wirkung hat, daß dasjenige, was der Kontradiktor oder ein Gläubiger gegen eine Forderung sowohl hinsichtlich der Liquidität als der Priorität vorbrachte, als gemeinschaftliche Vertheidigung aller Betheiligten gegen jede Forderung angesehen werden muß.

§. 17.

5) Vom dritten Ediktstage *ad replicandum*.

Der dritte Ediktstag ist vorzüglich für die Replikhandlung, nebst dem aber zu einigen den Beweis betreffenden Handlungen bestimmt. Kommunikationen zur Instruktion des

Verfahrens finden im Konkurse nicht statt, es mag also jeder Gläubiger, (§. 20. n. 6.) wenn er dem zweiten Ediktstage nicht beiwohnte, bis zum dritten Ediktstage die Verhandlungen bei Gericht einsehen, um zu wissen, ob und was er im dritten Ediktstage zu thun habe. In dem dritten Ediktstage sollen also zuerst (Num. 1.) die Gläubiger auf die Einreden über Liquidität und Priorität ihre Replik, und zwar, wenn sie weitläufiger ist, mittelst schriftlichen Rezesses vorbringen. Wurde im zweiten Ediktstage die Vorlage der Urschrift einer Beweisurkunde verlangt, so muß sie (N. 2.) bei Verlust der Beweiskraft des Dokuments im Konkurse bei dem dritten Ediktstage vorgelegt (im Texte ist das Wort „*übermal*“ zu streichen) und sogleich vom Gemeinschuldner oder den Gläubigern anerkannt, oder geläugnet, und im letzten Fall der Beweis der Aechtheit auf der Stelle angetreten, oder, wenn der Bestätigungs- oder Abläugnungseid gefordert wurde, dieser alsbald geleistet werden. In gleicher Art sind die zum Beweise im ersten oder zweiten Ediktstage zugeschobenen und angenommenen oder zurückgeschobenen Eide (N. 3.) in diesem Termine *) zu leisten. Annebst werden die in

*) Man könnte auch, vielleicht zweckmässiger, diese Eide sämtlich in den vierten, zur

der Zwischenzeit erhobenen Zeugenaußsagen, desgleichen die Gutachten der Sachverständigen (Num. 4.) eröffnet. Wie weit sich die peremptorische Kraft dieses Ediktstages (Num. 5.) erstreckt, ist nach dem Vorausgehenden leicht zu entnehmen.

§. 18.

6) Vom vierten Ediktstage *ad duplicandum*.

Der vierte Ediktstag hat, gleich dem dritten, eine zweifache Bestimmung, nämlich erstens zum Vortrage der eigentlichen Duplikhandlung, zweitens zu jenen Ergänzungen und Schlußhandlungen, welche den Beweis angehen, denn mit dem vierten Ediktstage sollen die eigentlichen Verhandlungen über Liquidität und Priorität mit Einbegriff des Beweises, soweit es möglich ist, geschlossen seyn. Nur die nothwendigen Eide machen hievon eine Ausnahme, soferne sie ein richterliches und rechtskräftiges Urtheil voraussetzen, welches aber mit dem Prioritätsurtheil (§. 21.) aus dem Grund verbunden werden muß, damit nicht durch solche, die einzelnen Forderungen betreffenden, Zwischenurtheile wegen der sonst

51*

Konklusion bestimmten, Ediktstag verweisen,

veranlaßten Appellationen das Konkursverfahren im Ganzen und dessen Endigung durch das Prioritätsurtheil unterbrochen oder aufgehalten wird.

§. 19.

7) *Von der Legitimation im Konkurse.*

Die Idee, das ganze Konkursverfahren in vier Terminen (Ediktstagen) zu endigen, und die hievon untrennbare peremptorische Kraft eines jeden solchen Ediktstages auf der einen Seite, sodann die Betrachtung, daß die Legitimation der Gläubiger zur Sache und ihrer Bevollmächtigten zum Prozesse minder wesentlich sey, brachte in dem baierischen Judizialkodex *) drei Bestimmungen hervor, welche stark gegen einander abstechen, und von welchen die Eine in der Anwendung zu den härtesten, oft in Widerrechtlichkeit ausartenden,

*) Kap. XIX. §. 8. Diese Gerichtsordnung vom Jahre 1753. hat den verstorbenen geheimen Staatskanzler Freiherrn von Kreitmayer zum Verfasser. Für ihr Zeitalter ist sie ein Meisterwerk; man würde aber die Wahrheit und Wissenschaft verläugnen, wenn man die vielen Lücken und Mängel verkennen wollte, welche in ihr neben vielen trefflichen Bestimmungen liegen.

Folgen führt. Da ich erst nach Herausgabe des Entwurfs mich davon überzeugt habe, und verpflichtet achte, hierin meinen Vorschlägen, worin ich dem baierischen Judiziarkodex folgte, nachzuhelfen, so muß ich diesen Gegenstand umständlich erörtern.

Dafs der Richter im Konkurse auf die Legitimation von Amtswegen nicht Rücksicht nehme, wenn weder vom Gemeinschuldner noch vom Kontradiktor noch von einem Gläubiger dagegen etwas erinnert wurde, ist eine (Num. 6.) ganz rechtliche und zweckmässige Bestimmung. Bei der Menge von verschiedenen Forderungen, welche bei Konkursen vorkommen pflegen, würde man den Richter mit einer übertriebenen Mühe und Verantwortlichkeit beladen, wenn man ihn verbünde, den Legitimationspunkt auch bei jenen Forderungen zu prüfen, bei welchen derselbe von keinem Betheiligten angefochten wurde. Diese Bestimmung verdient also den lauten Beifall der Legislation. Gleichen Beifall verdient (Num. 5.) die Bestimmung, dafs, wenn gegen die beigebrachte Legitimation etwas eingewendet wurde, der Mangel noch bei dem dritten oder vierten Ediktstage ergänzt und verbessert werden kann. Aber die Bestimmung (Num. 1,

u. 2.) daß bei Strafe der Präklusion der Beweis über die Legitimation zur Sache und zum Prozesse im ersten Ediktstage angetreten werden müsse, halte ich weder für nothwendig, noch für zweckmässig, sondern für eine übertriebene, folglich ungerechte Strenge. Zwei Fälle aus der Erfahrung haben mich davon überzeugt. Ein Advokat, welcher von einem Gläubiger zur Liquidation bei einem Konkurse bevollmächtigt, aber im ersten Ediktstage zu erscheinen verhindert war, substituirt einen andern Advokaten, um bei demselben zu erscheinen. Hätte dieser substituirt Anwalt von dem Auftrage seines Kollegen geschwiegen, und in eigenem Namen als Anwalt Präsenz gemacht, so war der Termin eingehalten, weil er als Advokat eine vermuthete Vollmacht für sich hatte, und es genügte, wenn im folgenden Ediktstage die Ratifikation beigebracht wurde. Allein in gutem Glauben erzählte er den Gang der Sache, erzählte den erhaltenen Auftrag, und der Gläubiger wurde mit seiner Forderung ohne Gnade aus dem Konkurse geworfen, ungeachtet er und sein Anwalt die vorhergegangene Verhandlung im zweiten Ediktstage förmlich ratifizirt hatten! — Kurz vor dem Ausbruch des Konkurses starb der Gläubiger, welcher einen beträchtlichen Kauf-

schillingsrest mit gerichtlicher Hypothek zu fordern hatte; sein Nachlaß war an seine Kinder als Noth-Erben gefallen, und diese hatten die Verwaltung des Kapitals dem ältesten Bruder überlassen, weil er dem Schuldner am nächsten lebte. Bei dem ersten Ediktstage liquidirte der Bruder dieses Kapital in seinem und seiner Geschwistrigen Namen als Erben ihres Vaters unter Vorlage des gerichtlichen Kaufbriefes in Urschrift; da aber ein Gläubiger im zweiten Ediktstage die Einrede der mangelnden Legitimation entgensetzte, und weder mit der Liquidation der Beweis verbunden war, daß die Liquidanten als Erben Eigenthümer des Kapitals seyen, noch im zweiten Ediktstage das Ratifikatorium und eine Vollmacht der übrigen Geschwistrigen beigebracht wurde, so mußte diese Forderung aus dem Konkurse geworfen werden, wenn auch im dritten Ediktstage der Beweis des Erbrechts und die Vollmacht vorgelegt worden wäre. — Schon diese zwei Beispiele mögen hinreichen, um die übertriebene Härte jener Bestimmung einzusehen.

Es ist zwar richtig, daß der eigenthümliche Geist des Ediktsprozesses bei dem Konkurse gebieterisch fordert, alle Verhandlungen

in die vier Ediktstage und zwar ohne spezielle richterliche Kommunikationen oder Befehle an die Partheien einzuschliessen; aber, sobald mit jenen vier Ediktstagen eine den allgemeinen Vorschriften über das gerichtliche Verfahren gemäße Nachsicht bestehen kann, sobald ist es Forderung der strengen Gerechtigkeit und der Konsequenz, nicht strenger zu seyn, als der Zweck erheischt, und von den allgemeinen Grundsätzen nicht weiter abzuweichen, als die Eigenthümlichkeiten einer besonderen Prozefsart gebieten. Wenn im ordentlichen Prozesse sowohl als in den übrigen summarischen Prozessen der Kläger wegen Mangel an der Legitimation zur Sache bei Anstellung der Klage nicht sogleich mit Verlust seines Klagerechts belegt wird, wenn wegen unterlassener Beibringung der Vollmacht nur der Advokat bestraft, nicht aber sogleich die Parthei für sachfällig erklärt wird, so läßt sich kein Grund einsehen, warum bei dem Konkurse eine grössere Strenge eintreten und das ganze Recht der Gläubiger einer Formalität aufgeopfert werden soll, in welche sich kaum der erfahrenste, vorsichtigste und geübteste Rechtsgelehrte genug hineindenken kann, um jedes kleine Versehen zu vermeiden, das die Präklusion der Forderung zur Folge hätte. Durch diese Be-

trachtungen geleitet, schlage ich folgende Abänderung dieses Paragraphs vor:

„Die Legitimation zur Sache sowohl als
„die Legitimation derjenigen, welche für
„einen Andern als dessen Bevollmächtig-
„te bei einem Konkurse auftreten, soll
„bei Verlust des Anspruchs wenigstens
„im vierten Ediktstage vollständig berich-
„tigt seyn, vorbehaltlich der Strafen,
„welche gegen die in Beibringung der
„Vollmacht säumigen Anwälte (Buch I.
„Kap. IV. §. 13.) statt finden. Uebrigens
„hat der Richter im Konkurse auf die
„Legitimation, wenn dagegen weder vom
„Schuldner, noch vom Kontradiktor oder
„von einem Gläubiger etwas eingewendet
„worden, von Amtswegen keine Rück-
„sicht zu nehmen.“

§. 20.

8) *Von der Kautiön, Widerklage und Kommunikation dann dem Ungehorsam, den Terminen und dem Beweise.*

Hier wurden verschiedene Bestimmungen zusammengefaßt, welche mehr oder weniger das Konkursverfahren im Allgemeinen betreffen; nur einige mögen einer näheren Betrachtung bedürfen. Die Widerklage (N. 2.) wird

von manchen Gesetzbüchern bei dem Konkurse ausgeschlossen: ich konnte ihr die Wirkung der gleichzeitigen Verhandlung schon aus der Ursache nicht zugestehen, weil hierauf die dem Konkurse eigenen Ediktstage nicht passen; aber die Wirkung der Prorogation des Gerichtsstands konnte ich ihr nicht versagen, welche vordersamst bei ausländischen Gläubigern besondere Rücksicht verdient, und die Geltendmachung der Aktivforderungen zum Besten der Masse sehr erleichtert. Bei der folgenden Nummer 3. ist der Druckfehler „verläugnet“ statt „verlängert“ zu verbessern. Kommunikationen an die Partheien zur Instruktion des Prozesses müssen so, wie alle übrigen Interlokute, aus dem Ediktsprozesse verschwinden; selbst das Erkenntniß auf den nothwendigen Ergänzungs- oder Reinigungseid muß mit dem Prioritätsurtheil *) verbunden werden, um alle Gelegenheit zur Verzögerung durch einzelne Appellationen abzuschneiden. Dafs ich alles, was in einem Ediktstage vorgehet, in ein Protokoll (Num. 9.) zusammentragen lassen, beruhet auf guten Gründen. Ueber zweckmüssi-

*) Diese bedingten Urtheile harmoniren ohnedies mit dem, was oben Buch II. Kap. X. §. 10. num. 5. verordnet ist.

ge Anordnung und Sonderung der Konkursakten habe ich mich im Handbuch *) weitläufiger erklärt, allein dasjenige, was einem Verfahren anpaßt, bei welchem der Richter den Streit über Liquidität und Priorität jeder Forderung als einen besondern Prozeß instruiert und dirigirt, ist auf den eigenthümlichen Ediktsprozeß nicht anwendbar, daher habe ich für jeden Ediktstag ein eigenes Protokoll ohne weitere Sonderung vorgeschrieben.

§. 21.

9) Vom Prioritätsurtheil.

Das Urtheil im Konkurse, wodurch über Liquidität und Priorität jeder Forderung zugleich entschieden wird, ist zu wichtig, als daß man hierüber in einem Gesetzbuch die näheren Bestimmungen umgehen dürfte. Indessen finden die gemachten Vorschläge in sich selbst ihre Rechtfertigung.

§. 22.

10) Von Rechtsmitteln gegen das Prioritätsurtheil.

Bei den Rechtsmitteln gegen das Prioritätsurtheil zeichne ich folgende Bestimmungen aus: 1) Die Frage, wieferne die von einem

*) Band IV. Abh. LXXXII. §. 35. f.

Gläubiger ergriffene Appellation den übrigen Gläubigern zu gutem komme, ist nach dem Unterschied (Num. 2. u. 3.) beantwortet: ob die Appellation die Liquidität oder die Priorität angehet? hinsichtlich der Liquidität sind alle Gläubiger gleich und gemeinschaftlich theiligt, daher kommt die von einem Gläubiger ergriffene Appellation den andern Mitgläubigern zu gutem; hinsichtlich der Priorität aber hat sie bloß zwischen dem Appellanten und Appellaten rechtliche Wirkungen. Wenn z. B. ein Chirographargläubiger, der in der letzten Klasse mit den andern Gläubigern dieser Klasse verhältnismässig seine Befriedigung erhält, gegen den Vorzug einer Forderung appellirt, und jener Forderung der Vorzug abgesprochen wird, so haben weder die andern Gläubiger der letzten Klasse, noch die andern Gläubiger, welchen der Appellat vorgesetzt war, ein Recht auf den Vortheil des obsieglichen Urtheils der Appellationsinstanz, sondern der Vortheil gehet nur dem appellirenden Gläubiger zu; setze man daher, die Forderung, welcher im vorigen Urtheil der Vorzug zugestanden wurde, betrage zweitausend Gulden, und die Forderung des Chirographargläubigers, welcher appellirt hat, zweihundert Gulden, so muß jene Forderung für diese zweihundert

Gulden dem Appellanten nachstehen, aber mit den übrigen achtzehnhundert Gulden bleibt sie an ihrem Platze, weil sie gegen alle übrige Kreditoren, welche darüber nicht appellirt haben, vermöge der *Rechtskraft* des Prioritätsurtheils ein unumstößliches Recht auf den Vorzug hat. Dieser Unterschied hebt mehrere Kontroversen über die Wirkungen der Rechtskraft und der Rechtsmittel bei einem Konkurse, führt aber auch zu der Kautel, daß der Appellant, wenn er wegen Versagung des von ihm verlangten Vorzugs appellirt, seine Appellation nicht allein gegen jenen Gläubiger richtet, welchem er unmittelbar vorgehen will, sondern gegen alle jene Gläubiger, welchen er durch den angesprochenen Rang vorgehen würde, und daß der Appellat, wenn ihm, sollte er auch dem Appellanten nachgehen müssen, doch noch vor andern Gläubigern ein Vorzug zukommt, auf Adzitation dieser Gläubiger dringe, und gegen sie in der Appellationsinstanz seine Rechte auf den Vorzug *) geltend mache.

*) Vergl. die Motive zum Buch I. Kap. III. §. 5. und mein Handbuch des gem. Proz. Band I. Abhandl. XIX. woselbst S. 409. ein sehr instruktiver Fall aus Gmelin und Elsässer Gemeinnützigen Beobachtungen und Rechtsfällen Band I. Seite 92. angeführt ist.

Die ausserordentlichen Rechtsmittel der Restitution und Nullitätsklage, müssen bei dem Konkurse beschränkt werden, denn welche Verwirrung entstünde, wenn irgend ein Gläubiger nach vertheilter Masse noch mit denselben auftreten, die ganze Konkursverhandlung umstossen und veranlassen könnte, dass man den Konkurs wieder vom Neuen anfangen müfste! Allein eben dieser Grund deutet an, wie weit jene ausserordentlichen Rechtsmittel zu beschränken seyen. Wenn der Schuldner nach dem Konkurse neues Vermögen erwirbt, sollte er dem Gläubiger, der erst nachher neue Urkunden zum Beweise seiner Forderung auffand, gegen die verlangte Wiedereinsetzung die Einrede der Rechtskraft entgegensetzen dürfen, weil das Gesetz die Wiedereinsetzung in Ansehung der Gläubiger unter sich nicht begünstigen kann? Hieher paßt der Grund des Gesetzes nicht, daher wurde der Vorbehalt zugesetzt. Derselbe führt mich aber noch zu einem weiteren Vorbehalt in Ansehung der Gläubiger, welche vielleicht mit dem Gemeinschuldner in einem betrügerischen Banquerout kolludirt oder sonst falsche Dokumente vorgelegt haben. Hier möchte ich zwar das Prioritätsurtheil als solches nicht aufheben lassen, um nicht eine ganz neue Verhandlung des Konkur-

ses zu veranlassen, aber die besondere Klage wider einen solchen Gläubiger auf Ersatz oder Entschädigung möchte einen ausdrücklichen Vorbehalt verdienen.

§. 23.

11) *Von der Exekution im Konkurse.*

Die Bestimmungen dieses Paragraphs bedürfen keiner besonderen Erläuterung oder Rechtfertigung.

§. 24.

12) *Von Partikularzahlungen während des Konkurses.*

Der Satz, daß während des Konkurses kein Gläubiger vor dem andern bezahlt werden darf, ist bisher ohne genugsame Prüfung von Gesetzgebern und Rechtsgelehrten als Folge der bekannten Gemeinschaft der Konkursgläubiger aufgestellt worden. Soweit die Forderungen gleiche Rechte haben, darf freilich keiner vor dem Andern begünstigt werden, aber sobald einmal das Gesetz manchen Forderungen vor den andern einen bestimmten *Vorzug* einräumt, sobald sind auch keine gleichen Rechte mehr da, und wenn ein *bevorzugter* Gläubiger, der sein Recht durch klare gerichtliche Dokumente beweisen kann, der oft rechtskräftige Urtheile für sich hat, auf

seine Befriedigung warten soll, bis alle minder bevorzugte Gläubiger richtig gestellt haben, und bis der ganze Konkurs durch das Prioritätsurtheil entschieden, dieses auch rechtskräftig ist, so wird unter dem Vorwand der Rechtsgleichheit das Recht dieses privilegierten Gläubigers offenbar verletzt. Ueberhaupt ist es ein Satz, der Jedem schadet, und Keinem — etwa den Massekurator ausgenommen — nützt. Die Zinnsen laufen während des Konkurses fort, und das zur Masse gehörige Geld, es mag als Depositum behandelt oder in Händen des Massekurator's gelassen werden, trägt selten Zinnsen. Ist es also nicht viel besser, wenn man das eingehende Geld zur Zahlung bevorzugter Gläubiger verwendet, der Masse die Zinnsen erspart, und den Kredit befördert, der offenbar erhöht wird, wenn während des Konkurses die Hypothekargläubiger aus den Früchten oder aus dem Kaufpreise ihre Bezahlung hoffen können? oder sollen etwa die *Massekuratoren* (an Orten, wo diese heillose Einrichtung besteht) mit dem Gelde spekuliren und täglich neuen Reiz erhalten, den Konkurs solange als möglich nicht zum Ende kommen zu lassen? Bevorzugte Gläubiger also, deren Forderung und Vorzugsrecht als richtig betrachtet werden kann, sollen auf der Stelle
von

von der Baarschaft der Masse bezahlt werden, und wenn doch noch einige Bedenklichkeiten obwalten, so mag ihnen eine Kautio wegen der Rückzahlung abgefordert werden, von welcher aber der Fiskus, Stiftungen, Lehen- und Grundherrn und manche öffentliche Anstalten frei zu zählen sind.

§. 25.

13) *Rechte der unbefriedigten Gläubiger nach dem Konkurse.*

Einer genaueren Bestimmung, als in den Gesetzbüchern anzutreffen ist, bedürfen die Rechte der Gläubiger nach dem Konkurse. Gläubiger welche präkludirt, oder aus Mangel am Beweise abgewiesen wurden, können nach dem Konkurse wider den Gemeinschuldner keinen Anspruch mehr geltend machen, worüber hinsichtlich der Präklusion oben das nöthige bemerkt wurde. Denjenigen Gläubigern aber, welche sich im Konkurse gemeldet, und ihre volle Befriedigung, sey es, weil sie sich in den Konkurs gar nicht einliessen, oder weil die Masse nicht hinreichte; nicht erhalten haben, bleibt ihr Recht gegen den Gemeinschuldner vorbehalten, wenn er nachher wieder zu einem Vermögen gelangt, und zwar mit einem Vorzug vor den nachherigen unprivilegirten

Gläubigern, den ich ihnen nach dem Vorbild der österreichischen Gerichtsordnung einräume. Die Rechtswohlthat der Kompetenz ist ein aus dem Civilrecht entnommener Vorbehalt.

§. 26.

II. Berichtigung und Verwaltung der Konkursmasse.

1) *Inventur.*

Der zweite Hauptgegenstand bei einem Konkurse ist die Richtigstellung, Verwaltung und Verwendung der Aktivmasse, und man kann alles auf vier Punkte, nämlich die Inventur (§. 26.) die Verwaltung der Masse (§. 27 — 29.) die Versteigerung der Vermögensstücke (§. 30.) und die Distribution der Masse (§. 31.) zurückführen. Ueber Herstellung des Inventars, dessen Fertigung dem Gerichte obliegt, sind die Vorschläge durch ihre Einfachheit und Zweckmässigkeit selbst gerechtfertiget. Dem Inventar muß die Schätzung der einzelnen Vermögensstücke, deren Stelle bei rentirenden Gütern die Ausmittlung des Kapitalwerths nach Gutsanschlägen oder nach dem Betrage der Rente vertritt, beigelegt seyn, damit das Inventar schon zu der künftigen Versteigerung vorbereitet ist, und die beiläufige Uebersicht des Aktivstandes gewährt; auch muß das Inventar bis zum ersten

Ediktstage geschlossen seyn, um nach gezogener Bilanz des Aktiv- und Passivstatus mit den Gläubigern zu überlegen, ob nicht der Konkurs jetzt noch (§. 13.) in seiner Entstehung unterdrückt werden kann.

§. 27.

2) *Verwaltung der Masse.*

a) *Ueberhaupt.*

Was die Aktivmasse überhaupt angeht, so mußte ich mir zuerst die Frage aufwerfen, ob es besser ist, einen eigenen Güterpfleger, *Curator Massae*, bestellen zu lassen, oder dem Konkursrichter unter Beirath und Mitwirkung der Gläubiger die Verwaltung der Masse und ihre Leitung zu übertragen? besonders, da diese Frage auch ausser dem Konkurse bei Sequestrationen zum Behufe der Exekution vorkommt. Der Schein spricht für die Massekuratoren, und berechtigt zu der Hoffnung, der Richter würde den Konkurs früher endigen, wenn er auf die prozessualischen Handlungen beschränkt wäre, und die Masse würde besser verwaltet, wenn dazu eine tüchtige Person eigends aufgestellt wäre. Allein die Erfahrung, welche ich darüber zu Rathe zog, spricht gegen jenes Institut, und ich finde in ihm das größte Hinderniß des schnellen Aus-

gangs der Konkurse, den nächsten Anlaß zur Verweigerung der Debitwesen und Sequestrationen, und den einzigen Grund, warum ein sehr geachtetes Gesetzbuch *) sagen kann, es „soll mit Immissionen oder Sequestrationen „ganzer Hofmarkscorporum und Landgüter, „zumal dem *Creditor* selten damit geholfen, „der *Debitor* aber gemeiniglich gar zu Grunde gerichtet wird, soviel immer möglich und „ohne Abbruch der Justiz thunlich ist, an sich „gehalten werden.“

Man wählt zu solchen *Massekuratoren*, welche am Sitze des Gerichts wohnen, welche alle Aktivforderungen betreiben, welche bei Zeiten sich um annehmliche Käufer zu den Gütern umsehen sollen, einen — *Advokaten*, der nun freilich den Verwalter und die Aufseher bei den einzelnen Gütern nicht entbehrlich macht; weil er aber als Massekurator nicht gerne sich verantwortlich bleibt, so wird für die Gesammtheit der Gläubiger noch ein *Advokat* als gemeinschaftlicher Anwalt — *Kommunanwalt* genannt — bestellt, der aber im Mangel bestimmter Vollmacht in Angelegenheiten der Masse, worüber er sich im Namen

*) Cod. Judic. Bavaricus Cap. XVIII. §. 6. n. 9.

der Kreditoren erklären soll, gewöhnlich darauf anträgt, daß das Gericht die Kreditoren selbst vernehmen möge. Alle diese Herren werden, wie sich das von selbst versteht, aus der Masse bezahlt, und haben ein gemeinschaftliches Interesse, diese Vorthelle solange als möglich zu erhalten; darüber werden dann die Gerichte mit Anfragen, Berichten und Entschliessungen überladen, die Masse wird durch Taxen und Deserviten erschöpft, oben drein übel verwaltet *), und so ist es buchstäblich wahr: daß durch diese Einrichtung den Kreditoren wenig geholfen, der Debitor aber gemeiniglich gar zu Grunde gerichtet wird. Nur ein Beispiel von dem Geschäftsgange bei diesem Institute zum Beweise des Gesagten! An einem Gebäude ist eine Reparatur nothwendig, welche eine beträchtliche Ausgabe verursacht; der *Gutsverwalter* berichtet also hierüber an das

*) Dafür wirkt alles zusammen, denn der Massekurator und der Kommunanwalt müßten ihren Vortheil nicht verstehen, wenn sie durch gute Administration der Sache ein Ende machen, und sich um ihre Einkünfte bringen wollten; ich kenne eine solche Massekuratel, die länger als 6 Jahre währte, von welcher der Massekurator 1200 Gulden fixe Belohnung und schöne Gelegenheit zu manchen Accidenzien hatte!

Konkursgericht. Dieses muß den *Massekurator* mit Gutachten vernehmen. Der Massekurator sagt, er habe dabei zwar nichts zu erinnern, weil aber die Ausgabe beträchtlich sey, so glaube er, man sollte noch den *Kommunanwalt* darüber hören. Nun fordert das Gericht diesen zur Erklärung auf, dieser aber erklärt, der Gegenstand sey zu wichtig, er bitte hierüber die *Gläubiger* selbst zu vernehmen, und durch eine Zirkularladung zu einer Tagsfarth vorzurufen, die dann am Ende abgehalten wird. Glücks genug, wenn sie das Gutachten des Verwalters genehmigen, denn verlangen sie einen neuen Augenschein oder Bauüberschlag, so nimmt die Sache den vorigen Gang noch einmal. Nun berechne man den Verlust an *Zeit*, bis etwas definitives in Verwaltungsgegenständen beschlossen wird, die *Kosten* für alle diese unnöthigen Arbeiten, Berichte, Kommunikationen, und die vergebliche *Arbeit* des Gerichtes selbst: nun bedenke man, daß es auf eben diese Weise bei Pachtungen, bei Nachlässen und bei allen ähnlichen Gegenständen von irgend einem Belange gehet, und man wird einsehen, daß jene *heillosen Institute* von *Massekuratoren* und *Kommunanwälten* aus den Gerichten verschwinden müssen, wenn es mit der Exekution und mit den Konkursen zum

Vortheil der Schuldner, der Gläubiger und des öffentlichen Kredits besser werden soll.

In dieser Ueberzeugung habe ich daher
1) die Leitung der Masse im Ganzen, mit der Inventur, der Versteigerung, der Einnahme und Ausgabe des Geldes, zwar dem Gerichte (Num. 1.) übertragen, dasselbe aber anstatt der schädlichen Massekuratoren (Num. 2.) theils durch die Beistimmung und Beschlüsse der Kreditoren im ersten Ediktstage (Num. 3.) theils für die Folge durch einen mit unbeschränkter Vollmacht zu versehenden Ausschuss der Kreditoren (Num. 4. u. 5.) einerseits gegen schädliche Willkür beschränkt, anderseits durch Unterstützung sachkundiger und bei der Masse selbst betheiligter Männer in den Stand gesetzt, alles zum Besten des Ganzen zu unternehmen; endlich würde auch der Geschäftsgang mit Kostenersparniß durch die Bestimmung (Num. 6.) vereinfacht, daß die für einzelne Vermögenstheile aufgestellten Verwalter sich unmittelbar, ohne Zwischenwirkung des Gerichts, in Verwaltungssachen mit dem Ausschuss der Gläubiger benehmen sollen.

§. 28.

b) In Ansehung besonderer Güter.

Oefters kommen unter dem Vermögen des Gemeinschuldners, vorzüglich bei grösseren

Konkursen, Güter vor, welche, wie z. B. Bräuereien, Fabriken, Landgüter, nicht sogleich einen annehmlichen Käufer finden, stäts aber bis zum Verkaufe einer besondern Aufsicht und Administration bedürfen, daher die Anstellung eines besonderen Administrators, der aber nicht mit dem sogenannten Massekurator zu verwechseln ist, nothwendig machen. Auch hier darf der Beirath der Gläubiger oder ihres Ausschusses nicht umgangen werden, unter denen sich gewöhnlich einige finden, welche als Sachverständige die besten Mittel angeben, auch im Nothfalle die zum Betriebe erforderlichen Vorschüsse machen können. Die Verhältnisse solcher besonderen Verwalter und ihre Verbindlichkeiten erhielten ihre nähere Bestimmung.

§. 29.

c) *Insonderheit bei der Sequestration von Lehen-
Stamm- und dergleichen Gütern.*

Am wenigsten befriedigten mich die bisherige Bestimmungen der Gesetzbücher über Sequestration grösserer Gutskörper, die sowohl während des Konkurses als nach demselben vorkommen kann in jenen Fällen, wo von dergleichen Gütern nicht die Substanz sondern nur die Früchte zur Befriedigung der Gläubiger

ger verwendet werden dürfen. Der Gegenstand verdient desto mehr die Aufmerksamkeit der Legislation, als derselbe seit dem Umschwung der deutschen Staatsverfassung hinsichtlich vieler Mediatisirten sehr oft bei Gericht vorkommt.

Nach den bisherigen Gesetzen wird der Gutsbesitzer exmittirt, der Verwalter den Gläubigern eingepflichtet, nur von dem Gerichte nach Vernehmung der Gläubiger in allen Verwaltungssachen abhängig gemacht, und solchergestalt der Gutsherr in einen vom guten Willen seines *regierenden Verwalters* und des *Massekurators* als dessen Vorgesetzten unter Rücksprache mit dem *Kommunanwalt* der Creditoren ganz abhängigen Fremdling in seinem Eigenthum verwandelt. Alle diese Mängel einer üblen Administration und einer Verschwendung an Kosten und Taxen, welche oben (§. 27.) ausgezeichnet wurden, treten dann im höheren Grade ein, und der Gutsherr mit seiner Familie lebt auf seinen Gütern in einem peinigenden oft kläglichen Verhältniß, als Zeuge jener verderblichen Wirthschaft, der er nicht abhelfen kann, theils weil sie sich hinter tadellose Rechtsformen versteckt, theils weil er als Gemeinschuldner bei Gericht die

Präsumtion gegen sich hat, ohne zu bedenken, daß manche Gutsherrn die Güter mit Schulden der Voreltern beladen übernommen, oder die Schulden unter weit günstigeren Verhältnissen und bei leichteren Zahlungsmitteln kontrahirt haben. Wer einen Pacht oder einen Nachlaß will, der muß ihn bei dem *Herrn Verwalter* suchen, denn das entfernte Gericht kann nicht wohl anders als nach dem pflichtmässigen Gutachten des Verwalters resolviren. Will der Gutsherr etwas reparirt haben, so sagt der Herr Verwalter: Nein; sein Gutsherr soll wissen, daß der Verwalter zu befehlen hat, und daß es besser ist, den Baufall grösser werden zu lassen, denn da giebt es mehr zu verrechnen und es fallen mehr Späne ab. Die Berichte, die Gerichtstaxen, die Belohnung des Verwalters, des Massekurators, des Kommananwalts werden aus den Gutsrevenüen bezahlt, und bei einer solchen systematisch übten Wirthschaft erhalten die Kreditoren wenig, die Güter kommen in Verfall, der Gutsherr lebt und stirbt im Elend, und niemanden ist geholfen, als dem — *Herrn Verwalter!* Hier mußte ein Auskunftsmittel gesucht werden, um das Recht mit der Billigkeit zu versöhnen, und es wenigstens dahin zu bringen, daß der Verwalter der bleibt, der er seyn

soll, und daß dem Gutsherrn oder den Gläubigern zu gutem gehet, was bei jener alten Einrichtung die Verwalter, Massekuratoren, Kommunanwälte und Gerichtstaxen verschlungen haben.

Das Mittel hiezu schien mir nahe zu liegen. Man rektifizire nach Vernehmung der Gläubiger, allenfalls unter Beiziehung der Sachverständigen den Etat der jährlichen Einnahme und Ausgabe, und bestimme hiernach wieviel jährlich am Ueberschuß zur Zahlung der Gläubiger zu verwenden sey: auf Festhaltung dieses Etats pflichte man den Verwalter ein, und weise den Gutsherrn ernstlich an, überlasse ihm aber innerhalb dieses Etats die Leitung und Aufsicht der Administration. Wagt der Gutsbesitzer Ueberschreitungen jenes Etats, und hilft die erste Zurechtweisung nicht, so nimmt man ihm die Direktion und überträgt sie einem andern Familiengliede, oder in dessen Ermanglung einer andern tüchtigen Person. Auf diese Art glaube ich die Rechte der Gläubiger mit der angemessenen Schonung des Schuldners in vollkommenen Einklang gestellt und die ganze Sache zum allseitigen Besten zweckmässig vereinfacht zu haben.

3) *Oeffentliche Versteigerung.*

Die Veräusserung der Vermögensstücke ist ein gleich wichtiger Gegenstand bei Konkursen, als das Mittel, ohne welches die Gläubiger nicht befriedigt werden können, und auch hier hatte mich Erfahrung von der Nothwendigkeit eingreifender und bestimmter Vorschriften überzeugt, woran es den Gesetzbüchern mangelt. Viele Konkurse werden dadurch Jahrelang verzögert, dass man sagt, die Güter könnten nicht um einen annehmlichen Preis verkauft werden, und ich weiss Fälle, wo unter diesem Vorwand Konkurse fünf und mehrere Jahre in stäter Hoffnung besserer Zeiten und besserer Käufer herumgetrieben wurden, und am Ende nichts übrig blieb, als die Güter, welche, wie die Zeiten, von Jahr zu Jahr schlechter wurden, um dreissig Prozent wohlfeiler zu verkaufen, als man sie vorher hätte verkaufen können. Der Verlust, welchen die solange unbefriedigten Gläubiger gewiss leiden, ist grösser, als der Gewinn, den man durch dieses Hinhalten zu erringen hofft. Dieser Willkür muss die Gesetzgebung vorbeugen.

Was um den Schätzungspreis an Mann gebracht werden kann, oder wo der Gegen-

stand oder die Differenz des Angebots unbedeutend ist, da soll mit dem Hinschlag unter keinem Vorwand gezögert werden. Erhält man aber bei Sachen von höherem Belange weder im ersten noch im zweiten Steigerungstermine den Schätzungspreis, so mag sie bis nach dem Prioritätsurtheil aufbewahrt und verwaltet werden, weil man erst nach diesem Urtheil wissen kann, welche Gläubiger bei der Veräußerung betheiligt seyen. Diese werden alsdenn vorläufig vernommen, und wenn keiner von ihnen die Sache um den Schätzungspreis übernehmen will, oder wenn sonst unter ihnen keine Vereinigung zu stande kommt, so muß die Sache bei wiederholter Versteigerung dem Meistbietenden überlassen werden, ohne auf den Schätzungspreis oder Einreden des Gemeinschuldners oder anderer Gläubiger *) Rücksicht zu nehmen. Dieser Vorschlag verdient gewiß vor dem sogenannten *Jus delendi* **) den Vorzug, vermöge dessen der letzte Gläu-

*) Eben dieses bestimmt die österreichische Gerichtsordnung §. 93. sie erhielt aber nach v. Zimmerl Handbuch Band I. S. 373. am 31. Jänner 1801. eine Abänderung.

**) Man sehe hievon die baierische Gerichtsordnung Cap. XIX. §. 17. num. 2.

biger (und nach demselben der nächstvorhergehende in stättem Aufsteigen) *bei Verlust seiner Forderung* verbunden ist, das feilgebote-
ne Gut gegen gänzliche Befriedigung aller je-
ner Gläubiger, welche ein älteres oder gleiches
Recht mit ihm haben, um seine Forderung in
Solutum zu übernehmen. Denn kein Gesetz,
welches auf Gerechtigkeit Anspruch macht,
kann den Gläubiger defswegen, weil sein
Schuldner in Konkurs gerathen ist, in die
drückende Alternative stellen, entweder seine
ganze Forderung zu verlieren, oder ein Gut
um einen Preis zu übernehmen, den es nicht
hat.

§. 31.

4) *Berechnung der Masse.*

Den sogenannten *Distributionsbescheid*,
welchen einige Gerichtsordnungen vorschreiben,
hielt ich für eine ganz überflüssige Sache. Die
verwerthete Konkursmasse wird dem Priori-
tätssurtheil gemäß unter die Gläubiger vertheilt,
und daß am Schlusse eine Berechnung über
alle Einnahmen und Ausgaben mit den erfor-
derlichen Belegen zu den Akten kommen muß,
versteht sich von selbst.

Viertes Buch.

Von den Rechtsmitteln und der Exekution.

Dieses Buch beschließt mit den Rechtsmitteln (Kap. I. bis IV.) und der Exekution (Kap. V.) dem bekannten Extremum in Jurisdictione, das Verfahren in streitigen Rechtssachen. In beiden Gegenständen war, wie mich Studium und Erfahrung überzeugte, an dem, was die bisherigen legislativen und doktrinellen Werke enthalten, groſse Nachhülfe nothwendig, und die folgenden Kapitel stehen ihres geringeren Umfangs ungeachtet, an Wichtigkeit neuer Ansichten und Bestimmungen den vorigen Kapiteln nicht nach.

Bei den Rechtsmitteln, welche zu den im Prozesse möglichen Rechtsverletzungen im genauesten Verhältnisse stehen müssen, damit weder Ueberflus auf einer Seite die Prozesse verewigt, die Arbeiten der Obergerichte ohne Noth vermehrt und das Recht selbst unsicher

macht, noch Mangel auf der andern Seite die Sicherheit des Rechts durch Entziehung der Mittel ihrer Verfolgung gefährdet, schienen mir mehrere Verbesserungen, als man glauben sollte, unerläßliches Bedürfnis. Nach dem ersten Kapitel, welches von der Rechtskraft und den Rechtsmitteln im Allgemeinen handelt, und die Einleitung zu dieser ganzen Materie bildet, gehe ich zu den eigentlichen, theils ordentlichen (Kap. II.), theils ausserordentlichen (Kap. III.) Rechtsmitteln über, von welchen die einfachen Beschwerden gegen den Richter (Kap. IV.) unterschieden sind.

Bei der Exekution (Kap. V.) mußte die schleunigste Hülfe für den Gläubiger zum Hauptgesichtspunkt genommen werden, welchem die Schonung des Schuldners stets untergeordnet und nicht weiter in Betrachtung zu ziehen ist, als es unbeschadet der Rechte des Gläubigers geschehen kann; die Gesichtspunkte, welche die Legislation über die Exekution leiten sollen, werde ich näher zum Kapitel V. angeben.

Erstes Kapitel.

Von der Rechtskraft und den Rechtsmitteln im Allgemeinen.

§. 1.

Abänderung und Erklärung des Urtheils.

Die Frequenz der Gesuche um Deklaration der Erkenntnisse macht es nothwendig, hiervon bei den Rechtsmitteln als jener Lehre zu handeln, womit sie meiner sogleich zu rechtfertigenden Ansicht nach untrennbar zusammenhängen. Man muß Abänderung, Verbesserung und Erklärung der Urtheile drei verschiedene Dinge betrachten. Eine Abänderung (*Mutatio*) ist dem Richter (N. 1.) nach der Publication seines Urtheils niemals erlaubt, denn jene Abänderung wäre ein neues Urtheil, und ein Verstofs gegen die Rechtsregel: *Judex sententiam pronuncians functus est officio suo*. Ich sage *nach* der Publication, denn die Frage, ob beschlossene Erkenntnisse vor der Publication vom Richter abgeändert werden können, ist eine Frage, welche da, wo der Richter kein Kollegium bildet, gar nicht vorkommen kann, gehört als ein Gegenstand der inneren Verfassung der Justizkollegien zur

Rathsordnung, keineswegs aber zu dem Prozeßkodex: jene muß bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vorstand die Schlussziehung suspendiren und eine Re proposition veranlassen, dann ob nach ausgesprochenem Schlusse vor dessen Ausfertigung ein oder der andere Votant seine Stimme abändern und, falls hierdurch die Stimmenmehrheit sich ändert, eine Abänderung des schon gezogenen Conclusums bewirken könne? Eine Verbesserung (*Emendatio*) des Urtheils (N. 2.) ist dem Richter nicht bloß auf Anrufen des Betheiligten, sondern sogar von Amtswegen, allemal erlaubt; was eine Verbesserung sey, bestimmt der Text. Ueber die Erklärung (*Declaratio*) der Urtheile, wodurch der eigentliche Sinn eines dunklen oder zweideutigen Erkenntnisses erläutert werden soll, fand ich in den Gesetzbüchern sehr abstechende Bestimmungen. Der vormalige gemeine deutsche Prozeß erlaubte jedem Richter, sein Urtheil auf Ansuchen zu erklären, und dieses scheint nach dem bekannten Axiom: *quilibet est optimus interpres verborum suorum*, beim ersten Blicke sehr natürlich; allein die Erfahrung zeigt, zu welchen Verwickelungen und Mißbräuchen jene scheinbar einfache Theorie führt: denn wie leicht kann der Richter auf dem Wege einer gleich-

sam authentischen Interpretation das Urtheil abändern oder modifiziren, wie leicht kann ein Streit darüber entstehen, ob der Richter die Grenzen einer Erläuterung überschritten habe, und wie komplizirt wird die Sache, wenn man die Frage beantworten soll, ob die Fatalien vom Tage des deklarirten Urtheils oder vom Tage der Deklaration zu berechnen oder ob über die Deklaration selbst Verhandlungen zu pflegen und alsdenn gegen das Erkenntniß, wodurch die Deklaration ertheilt oder abgeschlagen wird, Appellationen zuzulassen seyen! Die baierische Gerichtsordnung *), deren einsichtsvoller Verfasser diese Anstände durchblickte, läßt das Gesuch um Deklaration eines Urtheils, wenn nicht beide Theile in dasselbe einwilligen, nur im Wege der Appellation bei dem höheren Richter zu, und man kann nicht mißkennen, daß diese Bestimmung, nach welcher ein Deklarationsgesuch eigentlich nur als eine Beschwerde und im Appellationswege bei dem höheren Richter angebracht werden kann, folglich an die Formalien und Fatalien der Appellation gebunden ist, vielen Anständen vorbeugt. Daher habe ich (N. 3.) dieselbe inso-

*) Kap. XIV. §. 9.

weit angenommen, als ich für nothwendig hielt, um die gewöhnlichen Gesuche pro declaratione sententiae und die damit verbundenen Mißbräuche aus dem Prozesse zu verban-
nen. Allein diese Bestimmung erschöpft die Sache nicht: denn was ist denn Rechtens, wenn der Betheiligte wegen einer Erläuterung des Urtheils nicht appellirt hat, oder wenn er die Appellation nicht ergreifen kann, weil in letzter Instanz erkannt wurde? Will man etwa mit den Rechtsgelehrten behaupten, ein dunkles oder zweideutiges Erkenntniß gehe niemals in Rechtskraft über? oder will man Deklaratorien bei der obersten Instanz zulassen, den untern Instanzen aber verbiethen, und so in eine neue Inkonsequenz fallen? Schon hieraus leuchtet die Nothwendigkeit ein, hierüber nähere Normen anzugeben, und ich glaube, durch die Vorschläge ein schweres Problem auf einfache Art gelöst zu haben. Kann oder will der Betheiligte die Erläuterung eines dunklen oder zweideutigen Urtheils im Wege der Appellation nicht verlangen, so entsteht über den Sinn des Urtheils ein neuer Streit, oft in der Exekution. Der Richter, welcher bei Prozessen über Auslegung der Gesetze, Verträge und Testamente erkennen muß, der oft alte Urtheile, bei welchen an eine authentische In-

terpretation nicht mehr zu denken ist, nach doktrinellen Regeln interpretiren muß, wird auch über den Sinn eines Urtheils, das bei Ausschliessung der authentischen Interpretation nur noch doktrinell interpretirt werden kann, entscheiden, und desto leichter entscheiden können, als er die Akten und die Entscheidungsgründe vor sich hat. Interpretirt er das Urtheil der höheren Instanz unrichtig, so kommt die Sache ohnehin im Wege der Appellation wieder zum höheren Richter. Durch diese Bestimmungen hoffe ich einer an sich legislativ richtigen Ansicht auch ihre legislative Vollständigkeit gegeben zu haben. Der letzte Satz (N. 4.) welcher bei Auslegung der Urtheile auf die allgemeinen Regeln juristischer Interpretation verweist, fand hier nur deswegen seine Stelle, weil manche Gesetzbücher den Satz aufstellen, Urtheile müßten *stricte*, nach ihrem trockenen Buchstaben, ausgelegt werden. Wer die Akten, den Inhalt des Urtheils und die Entscheidungsgründe zur Hand nimmt, und die allgemeinen Interpretationsregeln kennt, der wird ein Urtheil *richtig* auslegen, und darauf allein kommt es an, denn es mangelt an allen Gründen, um die einschränkende Auslegung bei Urtheilen als einzige Norm aufzustellen.

§. 2.

Rechtsmittel 1) gegen Urtheile.

Die Rechtsmittel im Allgemeinen müssen in Rechtsmittel im eigentlichen Sinne und in einfache Beschwerden eingetheilt werden, und diese Eintheilung liegt zu tief in der Natur der Sache *), als daß man sie bei der Legislation umgehen dürfte. Der Richter nämlich verletzt die Rechte einer Parthei entweder durch eine Verfügung nach der Subsumtion des Gegebenen unter das Gesetz, es sey das Gesetz über die Rechte selbst, oder über das gericht-

*) Mein Handbuch Band III. Abh. LVI. §. 6 — 8. v. Almqvist in seiner Metaphysik des Civilprozesses führt diese Eintheilung auf den Unterschied zurück, ob der Richter durch einen Akt des *Verstandes* oder durch einen Akt des *Willens* eine Parthei in ihren Rechten verletzt; an dieser Darstellung ist viel Wahres. Aber mir scheint, der einsichtsvolle Verfasser irre darin, daß er manche Subsumtionsakte unter das Prozeßgesetz, also wahre *Verstandesakte*, z. B. bei Handlungen in der Exekution, als *Willensakte* ansiehet, um den Grund zu finden, wesswegen gegen einfache Dekrete kein eigentliches Rechtsmittel, sondern nur eine Querel statt finden soll. Man vergleiche über den letzten Punkt dasjenige, was im folgenden §. 3. gesagt wird.

liche Verfahren, folglich durch eine solche richterliche Handlung, woraus unter den streitenden Theilen, entweder in Ansehung der Streitsache oder in Ansehung des Prozesses, ein Recht entstehen kann, oder er verletzt sie auf eine ausser jenem Akte der Subsumtion liegende Art. Im ersten Falle treten *Rechtsmittel im eigentlichen Sinne* ein, welche die Tendenz haben, unter den streitenden Theilen selbst die Rechtsverletzung aufzuheben, welche daher den Richter nicht zur Gegenparthei konstituiren, im zweiten Falle treten *einfache Beschwerden* ein, welche den Richter zum Gegner machen, und die Tendenz haben, den Richter selbst von willkührlichen oder widerrechtlichen Handlungen und Unterlassungen abzubringen, unter welchen die bekannte Syndikatsklage nur uneigentlich angeführt wird. Diese Eintheilung mußte ich also, jedoch mit Umgehung der Schulform, zur Basis nehmen, und mit den eigentlichen Rechtsmitteln anfangen; die Gründe, welche mich bestimmten, hievon in zwei gesonderten Paragraphen nach dem Unterschied zwischen Urtheilen und einfachen Dekreten zu handeln, kommen im §. 3. ausführlich vor.

Auch bei den Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne ist eine Abtheilung in ordentliche

820 Buch IV. Kap. I. Von der Rechtskraft und ausserordentliche nothwendig, um von der Rechtskraft und ihren Wirkungen (§. 5. und 6.) eine richtige Ansicht zu gewinnen, denn der Satz, daß ein rechtskräftiges Urtheil nicht mehr angefochten werden könne, daß es zum unabänderlichen Rechte unter den Partheien emporsteige (*res judicata ex albo facit nigrum*) ist nur wahr in Beziehung auf das ordentliche Rechtsmittel: wie könnte sonst das Gesetz unter gewissen ungewöhnlichen Voraussetzungen noch Rechtsmittel zur Anfechtung rechtskräftiger Urtheile zulassen, oder ohne diese Rechtsmittel auf vollständige Sicherheit des Rechts gegen jede denkbare Art von Verletzungen Anspruch machen *)?

*) Handb. Band III. Abh. LVII. §. 12 — 14. Man vergesse bei dem Entwurf eines Gesetzbuchs nicht, auf die vormals herrschenden falschen Darstellungen Rücksicht zu nehmen, und ihrem Fortbestand durch das Gesetz vorzubeugen, sollte auch dadurch zuweilen etwas Schulmässiges in das Gesetzbuch aufgenommen werden müssen. Die Sache darf der Form nicht aufgeopfert werden, und der Redacteur eines Gesetzbuchs, welches der Gegenwart anpassen und der Zukunft auch in wissenschaftlicher und doktrineller Hinsicht vorarbeiten soll, muß sich des höheren Guten wegen zuweilen von der strengen legislativen Form entfernen.

Für das ordentliche Rechtsmittel (N. 1.) behielt ich in Civilsachen den Namen *Appellation* bei, in administrativ-kontentiösen Sachen wählte ich den Namen *Rekurs*, und wenn nun die Gesetzgebung das Rechtsmittel in Strafsachen mit dem Namen *Revision* bezeichnet, so hat jedes Rechtsmittel nach Verschiedenheit der Gegenstände seinen bestimmten Namen, und diese technische Bestimmtheit des Ausdrucks, welche bei der Legislation nicht unbeachtet bleiben darf, erleichtert das Geschäftsleben noch von *der* Seite, daß ein Wort hinreicht, um die Stelle oder das Einlaufsprotokoll zu bezeichnen, wohin eine Sache gehört.

Zu den ausserordentlichen Rechtsmitteln (N. 2.) zähle ich nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Nichtigkeitsklage.

§. 3.

2) Gegen einfache Dekrete.

Daß einfache Dekrete, welche der Richter ohne Vernehmung des Gegentheils erläßt, nicht rechtskräftig werden, daß gegen sie nur eine einfache Beschwerde oder die sogenannte Extrajudicialappellation *) statt findet, dieser

*) Deren Ungrund ich im Handbuch Band III. Abh. LXVIII. bewiesen habe.

Satz ist in den Gesetzbüchern und in den Schriften der Rechtslehrer allgemein angenommen, und scheint in gerader Folge aus allgemeinen Grundsätzen hervorzugehen, weil Rechtskraft nur auf Urtheile zu passen, und nur dasjenige ein Urtheil zu seyn scheint, was vom Richter nach Vernehmung *beider* Theile über den streitigen Punkt erkannt wurde. Allein schärfere Prüfung überzeugte mich, daß jener, gleichsam *ex fide parentum* herrschende, Satz theoretisch unrichtig ist, und von der praktischen Seite dem ganzen gerichtlichen Verfahren die unentbehrliche Festigkeit entziehet.

Man muß dem Wege folgen, auf welchem die Praktiker den Satz fanden, daß einfache Dekrete nicht rechtskräftig werden, um dem Punkte zu begegnen, der sie auf den Irrweg lenkte. Ausgehend von der Rechtsregel, *nemo potest inauditus condemnari*, glaubten sie, ein Urtheil könne nicht eher gedacht werden, als bis unter *beiden* Partheien der streitige Punkt nach gesetzlicher Ordnung *verhandelt* war, und in dieser Ansicht liefs sich keine andere Folge finden, als die, daß einfache Dekrete, weil sie ohne Vernehmung des Gegentheils ergehen, nicht rechtskräftig werden, daher auch gegen diese kein eigentliches Rechtsmittel statt findet.

Diese Täuschung erreichte noch einen höheren Grad durch die willfährigen einfachen Dekrete, welche wider den Gegentheil, selbst in der Absicht des Richters, noch keine Sentenzen sind, und gegen welche dem Beklagten, ohne ein Rechtsmittel zur höheren Instanz zu ergreifen, die volle Vertheidigung bei dem nämlichen Richter durch alle Einreden selbst gegen den ganzen formellen Theil des Gesuches und des ergangenen Dekrets zustehet, folglich auch in Ansehung der Rechtskraft den Urtheilen nicht gleich geachtet werden können.

Allein diese ganze Ansicht ist nur halb wahr, im Ganzen aber ruhet sie, ungeachtet ihrer konsequenten Aussenseite, nicht auf festen Grundsätzen, sie hält die schärfere Prüfung nicht aus, und entziehet dem ganzen Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten jene Festigkeit, nach welcher die Gesetzgebung ihrem hohen Beruf gemäß trachten muß. Wenn der Richter eine Klage für so ungegründet hält, daß er eine Vernehmung des Gegentheils nach den eigenen Angaben des Klägers für überflüssig achtet, demnach den Kläger sogleich mit seiner Klage abweist, soll *dieses Erkenntniss*, welches nach Vernehmung des Beklagten eine zur Rechtskraft geeignete Sentenz gewesen

wäre, *deswegen* nicht rechtskräftig werden, weil der Richter jene Vernehmung des Beklagten nicht einmal für nothwendig achtete? Hat er nicht hier wie dort die *ganze Vertheidigung* des Klägers unter das Gesetz subsumirt, und ihm das Klagerecht abgesprochen: muß also nicht ein Erkenntniß wie das andere gleiche Wirkungen hervorbringen? Wenn der Richter eine Replik, womit er den Kläger hätte präkludiren sollen, zur Duplikhandlung mitgetheilt, und der Beklagte, ohne die Präklusion zu verlangen, duplizirt hat, soll erst nach dem Urtheil, vielleicht in zweiter oder dritter Instanz das Recht auf Präklusion der Replik noch geltend gemacht werden können?

Auch die prozessleitenden Dekrete des Richters haben auf die Rechtsvertheidigung und mit derselben auf das Recht selbst einen sehr wesentlichen Einfluß, jede Gesetzgebung wird also inkonsequent, wenn sie nicht dasjenige, was von Urtheilen nach geschlossenen Verhandlungen gilt, auch auf das Verfahren während des Streites und auf jene richterliche Verfügungen anwendet, welche nach der Natur des Prozesses ohne vorgängige wechselseitige Verhandlung erlassen werden: jede Gesetzgebung entfremdet sich selbst durch diese Inkon-

sequenz den Anhaltepunkt, welcher allein die Rechte der Partheien hinsichtlich der Streitverhandlung sicher stellt: jede Gesetzgebung wird logisch falsch, wenn sie bei dem *Zwecke* Rechtskraft zum Anhaltepunkt aufstellt, und ihn bei den unentbehrlichen *Mitteln* (den prozessualischen Handlungen) wieder aufgibt.

Diese Betrachtungen überzeugten mich von der theoretischen Unrichtigkeit und praktischen Schädlichkeit der bisherigen Ansicht, und führten mich zu dem wesentlichen Unterschied zwischen abschlägigen und willfährigen Dekreten. *Abschlägige* Dekrete (Num. 1.) ergehen nach *vollständiger* Rechtsvertheidigung desjenigen, dessen Gesuch abgewiesen wurde, sie sind wahre Erkenntnisse nach genauer Prüfung der nach der Lage des Prozesses *relativ* vollständig vertheidigten Sache. Gegen diese müssen also Rechtsmittel, wie gegen Urtheile zugelassen werden, und ich bitte im Num. 1. das Wort „*ordentliche*“ und das Allegat des §. 2. N. 1. zu streichen, denn ich habe mich überzeugt, daß auch ausserordentliche Rechtsmittel, z. B. der Restitution in den vorigen Stand, zugelassen werden müssen. Dabei muß ich jedoch eine wichtige Folge dieses ersten Satzes auszeichnen. Weil man nämlich den Satz annahm,

dafs einfache abschlägige Dekrete nicht rechtskräftig werden, so vergafs man gewöhnlich, diese Dekrete samt den sie veranlassenden Vorstellungen dem Gegentheile mitzutheilen, wenn nicht eben zufällig in einer schon rechtshängigen Sache ein Nebengesuch z. B. um ein Provisorium angebracht war, weil da die Kommunikation dem gewöhnlichen Geschäftsgange entsprach. Dieser Gebrauch muß aufhören, und alle abschlägige Dekrete müssen samt der Vorstellung, welche sie veranlaßt haben, dem Gegentheile mitgetheilt werden, damit nicht der abgewiesene Kläger bei einem anderen Gerichte die Klage vorbringen, und dem Beklagten das Recht aus jenem abweisenden Erkenntnisse entziehen kann.

Ganz anders verhält es sich aber (N. 2.) bei *willfährigen* Dekreten; diese gehen für sich allein in Rechtskraft nicht über, weil sie erfolgen, ehe der Gegentheile gehört war, und weil Niemand verurtheilt werden darf, ohne Rechtliches Gehör gefunden zu haben. Aber auch hier war eine vorbeugende Bestimmung nothwendig. Nach der bisherigen Praxis war es zwar anerkannt, dafs der Beklagte Einreden jeder Art, auch jene, welche die gewählte Prozeßart, den Gerichtsstand u. d. betrafen, bei

demselben Richter vorbringen konnte, aber manche Gesetzbücher erlaubten dem Beklagten, gegen das erkannte Mandat oder gegen den erkannten Arrest sogleich im Appellationswege sich an die höhere Instanz zu wenden. Dafs dieses inkonsequent sey, mufs jedem einleuchten, denn solange das Gesetz zur Vertheidigung des Rechts Einreden vor demselben Richter verstattet, welcher die Verfügung erlassen hat, solange ist das Recht des Beklagten noch nicht verletzt; ihm bleiben alle diese Einreden, es hängt erst nach ihrem Gebrauche von der Entscheidung des Richters ab, welchen Werth er denselben beilegt, und das Gesetz, welches diese Einreden bei demselben Richter zuläfst, kann nicht erlauben, dafs er sie als Beschwerden in Gestalt eines Rechtsmittels bei dem höheren Richter vorbringt, dadurch die Sache aus ihrer Lage rückt, einen entbehrlichen Verlust an Zeit, Kosten und Arbeit der Gerichtshöfe verursacht, und viele heilsame Verordnungen zur Abkürzung des Prozesses z. B. wegen Verbindung der peremptorischen Einreden und der eventuellen Einlassung vereitelt. Eben diese Appellationen waren das weite Feld, auf welchem bisher die Chicane ihr heilloses Spiel zur Verewigung der Prozesse trieb.

Auf dieser Ansicht ruhen die Bestimmungen dieses Paragraphs, und ich bin überzeugt, daß er, so klein auch dessen Umfang ist, und so sehr dessen Inhalt von den bisher allgemein herrschenden Meinungen abweicht, eine höchst nothwendige und höchst wohlthätige Nachhülfe für Sicherheit des Rechts, für Festigkeit des gerichtlichen Verfahrens und für Abschneidung vieler Chicanen und Verzögerungen gewährt.

§. 4.

3) *Gegen andere richterliche Handlungen.*

Handlungen oder Unterlassungen des Richters, welche nur eine *einfache Beschwerde* (*simplex querela*) begründen, sind scharf dadurch gezeichnet, daß hierunter nur jene begriffen werden, woraus dem Gegentheil kein Recht erwachsen kann, denn dieses Merkmal unterscheidet sie von den eigentlichen Rechtsmitteln. Das Nähere hievon kommt im vierten Kapitel vor.

§. 5.

Rechtskraft.

Nun erst konnte der Begriff der Rechtskraft samt ihren Wirkungen behandelt werden. Als Kommentar zu diesem ganzen Paragraph dient dasjenige, was ich in meinem Handbuch
des

des bürgerlichen Prozesses Band III. Abh. LVII. ausführlicher gesagt habe, worauf ich also hier verweise.

§. 6.

Wie weit sich die Rechtskraft erstrecke?

Die hier vorgetragenen Sätze finden in sich selbst ihre Rechtfertigung. Ein Beispiel für den vierten Satz ist das Erkenntniß, welches für den Schuldner ergieng und auch dem Bürgen zu statten kommt.

§. 7.

Kumulation der Rechtsmittel.

Eine Gesetzgebung, welche in der höheren Instanz *Nova* zuläßt, bedarf über die Kumulation der Rechtsmittel keiner besonderen Bestimmungen. Da aber im Entwurf jene *Nova* bei der Appellation nicht zugelassen werden, so war die Bestimmung des gegenwärtigen Paragraphs nothwendig, welche aus diesem Gesichtspunkt selbst gerechtfertiget ist.

Zweites Kapitel.

Von der Appellation und dem Rekurse.

§. 1.

Gegen welche Handlungen, von Wem und an Wen appellirt werden könne?

Das gegenwärtige Kapitel ist von höchster Wichtigkeit, voll des Einflusses für Sicherheit des Rechts und für Befestigung des Kredits. Uebertriebene Beschränkung der Appellationen stört die Sicherheit des Rechts durch Entziehung der nothwendigen Mittel, dasselbe auch gegen richterliche verletzendende Aussprüche zu vertheidigen, übertriebene Ausdehnung der Appellationen stört die Sicherheit des Rechts durch den Aufwand von Zeit und Kosten, der mit jeder Appellation verbunden ist, die dann mißgebraucht wird zur Chicane, um den Vollzug des Erkenntnisses auf die lange Bahn hinauszuschieben. Auch entstehet daraus großer Schaden für eine gute Justizverwaltung, indem eine Menge kleiner unbedeutender Rechtshändel den Obergerichten die Zeit raubt, wichtige Rechtssachen mit der nöthigen Umsicht und Gründlichkeit zu bearbeiten und zu berathen, selbst den Finanzen entstehet daraus ein Nach-

theil, denn wie viele und wie zahlreich besetzte Obergerichte braucht man, wenn man die Appellationen nicht beschränket? Die Gesetze haben von jeher denselben Schranken zu setzen gesucht theils durch Aufzählung inappellabler Sachen, theils durch Festsetzung einer Appellationssumme, und die Gesetzgebung muß, wenn es mit der Rechtspflege im Staate besser werden soll, ernstlich auf Einschränkung der Appellationen *) bedacht seyn, nicht bloß deswegen, damit nicht die Gegenstände des Streits durch die Prozeßkosten verschlungen, sondern auch deswegen, damit die Prozesse durch vielfältige Appellationen nicht verewiget und die Mitglieder der Obergerichte nicht durch Kleinigkeiten überhäuft und, um die Zeit gebracht werden, welche ihnen sowohl zur Bearbeitung wichtiger Rechtssachen als zum gründlichen und fortgesetzten Rechtsstudium unentbehrlich ist. Beinahe scheint man es zu vergessen, daß Justizräthe ihren hohen Beruf nicht erfüllen, wenn sie nur die ihnen zugetheilten Akten bearbeiten, daß sie Zeit haben müssen, von der Last ihrer Arbei-

*) Man vergleiche hierüber den schönen Aufsatz des Hr. Prof. Behr in der allgemeinen Staatskorrespondenz v. Bauer Band III.

832 Buch IV. Kap. II. Von der Appellation
ten auszuruhen, daß sie in der Ausbildung
und Ausbreitung ihrer Kenntnisse durch Stu-
dium und Literatur fortschreiten sollen, denn
wer stille steht, bleibt hinter seinem Zeital-
ter zurück! Diese Betrachtungen haben mich
bei diesem Kapitel geleitet.

Der erste Paragraph enthält die einleiten-
den Sätze, welche keiner Erläuterung bedürfen.

§. 2.

Wann die Appellation nicht statt findet.

Der Anfang ist mit den Erkenntnissen
gemacht, gegen welche die Appellation gar
nicht statt findet. Zuerst sind (N. 1.) die rei-
nen Interlokute genannt, welche über einen
solchen Inzidentpunkt im Prozesse erfolgen,
der a) auf die Hauptsache keinen Einfluß hat,
und b) bei dem Endurtheil oder bei der Ap-
pellation über dasselbe noch nachgeholt wer-
den kann. Beide Voraussetzungen werden aber
vereint erfordert, und es ist bald einleuchtend,
daß ein Erkenntniß über die Kautio, über
eine Terminsverlängerung, über Zulässigkeit
eines Zeugen mit Vorbehalt der Einreden ge-
gen seine Glaubwürdigkeit inappellabel, dage-
gen ein Erkenntniß über den Gerichtsstand,
ein Präklusivbescheid u. dergl. appellabel sey.

Auch die Vornahme eines Beweises zum ewigen Gedächtniß (Num. 2.) führt kein Präjudiz herbei, welches nicht bei dem Haupterkenntniß gehoben werden könnte. Geringere Prozeßstrafen (Num. 3.) sind ihrer Geringfügigkeit wegen für inappellabel erklärt. Noch möchte ich *Bagatellsachen* hieher rechnen, Sachen nämlich von einem so geringen Belange, daß damit die Kosten der Appellation in keinem Verhältniß stehen. Wäre überall Kollegialberathung bei den Untergerichten, so möchte dafür die Summe von 50 Gulden anzunehmen seyn, aber wo dieses nicht ist, dürfte man 25 Gulden zur Grenze machen, doch mit der Beschränkung, daß bei Sachen unter 50 oder 100 Gulden keine Verhandlung in der Appellationsinstanz statt findet, sondern lediglich so, wie es §. 16. für die Appellation gegen einfache Dekrete vorgeschrieben ist, verfahren werde. Auch *kleine Injuriensachen*, wobei nur auf Zurücknahme der Injurie oder eine kleine Freiheits- oder Geldstrafe erkannt wurde, verdienen als Bagatellsachen für inappellabel erklärt zu werden.

§. 3.

Wenn nur einmal appellirt werden kann.

Deutschland zeichnet sich darin von anderen Staaten aus, daß wir von alter Zeit her

834 Buch IV. Kap. II. Von der Appellation
an *drei* Instanzen in Civilsachen gewöhnt sind,
eine Einrichtung, welche in der vormaligen
deutschen Reichsverfassung ihren Grund hatte,
da das Recht der oberen (zweiten) Instanz ei-
ne Folge der Landesherrlichen Gewalt, und die
oberste (dritte) Instanz eine Folge der kaiser-
lichen Gewalt war. In Frankreich hingegen
hat man nur zwei *) Instanzen, und die Ap-
pellationsgerichte sprechen in zweiter und letz-
ter Instanz, weshalb sie auch Cours Souverai-
nes genannt werden. Wenn man erwägt, daß
bei einem Obergerichte die Sachen in gehöri-
ger Anzahl von Räthen auf erstatteten schrift-
lichen Vortrag nach kollegialer Berathung ent-
schieden werden, so wird man einsehen, daß
das Recht des Bürgers gegen verletzende Ur-
theile durch eine Appellation in der Regel hin-
reichend sicher gestellt ist. Die Anordnung
einer dritten Instanz ist eine besondere Wohl-
that für die Sicherstellung des Rechts, womit
der Staat, wie mit allen solchen ausgezeichneten
Wohlthaten, sparsam umgehen muß, die
deutsche Staatsverfassung hindert die Einfüh-

*) Daß der Kassationshof keine wahre oberste
dritte Instanz sey, bemerke ich hier im Vor-
übergehen. Vergl. *mein Archiv für die Ge-
setzgebung* Band II. N. XVI.

zung zweckmässiger Beschränkungen nicht mehr, und die Gesetzgebung kann nun nach den oben (§. 1.) angegebenen Gesichtspunkten zur Beschränkung der Appellationen freier wirken. Die Fälle, in welchen meiner Einsicht nach das Gesetz nicht mehr als *eine* Appellation zu-lassen soll, verdienen eine nähere Betrachtung.

1) Prozeßstrafen, wenn sie das im §. 2. bemerkte Maass übersteigen; denn wozu sollte hierüber eine zweimalige Appellation nothwendig seyn?

2) Ueber Zinnsen, Schäden und Kosten genügt eine Appellation, soferne darauf allein die Beschwerde gerichtet ist; denn die Fragen, worauf es hier ankommen kann, sind so einfach, daß das Recht durch nochmalige Entscheidung eines Obergerichts für hinreichend gesichert zu achten ist.

3) Im Wechselprozesse (welche ich statt des im Texte stehenden dritten Satzes einzurücken bitte) darf nur eine Appellation zugelassen werden, weil der Wechselkredit durchaus nicht verträgt, daß Sachen, die im Wechselprozesse verhandelt werden, durch öftere Appellationen verzögert werden können. Doch

368 Buch IV. Kap. II. Von der Appellation
bemerke ich, daß an dem Ausdruck *Wechsel-*
prozefs im Gegensatz von *Wechselsachen* vie-
les gelegen ist, um anzudeuten, daß die drit-
te Instanz nur in jenen Wechselsachen hinweg-
fällt, welche auch in dem privilegierten Wech-
selprozesse verhandelt wurden, folglich nicht
in dem Falle, wenn aus einem Wechsel eine
gemeine Schuldklage erhoben wurde.

4) In Ansehung der Appellationssumme
lasse ich, wenn die Urtheile der ersten und
zweiten Instanz *in der Hauptsache* nicht gleich-
förmig sind, die Appellation nur alsdann zu,
wenn der Streit mehr als 200 Gulden beträgt.
Sind aber zwei gleichförmige Urtheile vorhan-
den, so wird zur Appellation die Summe von
mehr als 400 Gulden erfordert. Die *österrei-*
chische Gerichtsordnung bemißt die Zulässig-
keit der weiteren Appellation bloß nach der
Rücksicht, ob zwei gleichförmige Urtheile vor-
handen sind, oder nicht, und sie erlaubt kei-
ne Appellation, wenn in zwei gleichförmigen
Urtheilen dem Bürger Millionen von seinem
Vermögen, sein ganzer bürgerlicher oder Fa-
milienstand mit tausend unübersehbaren Folgen
abgesprochen wurde. Allein ich glaube, die
vorhergehenden Bemerkungen beweisen, wie
bedenklich es wäre, diesem Beispiele zu fol-

gen. Nicht zu gedenken, daß hierdurch jedes Appellationsgericht gleichsam ein illimitirtes Privilegium de non appellando und das Mittel erhielte, in der wichtigsten Rechtssache durch ein in der Hauptsache bestätigendes Erkenntniß jede weitere Appellation unmöglich zu machen, bitte ich zu erwägen, daß die Regierung, wenn sie doch eine dritte Instanz herstellt, dieses oberste Gericht für die *wichtigeren* Sachen anordnet, und daß eine Rechtssache nicht allein deswegen, weil zwei verschiedene Urtheile in derselben ergangen sind, sondern auch schon nach ihrem Betrage und nach Beschaffenheit des Streitgegenstandes selbst (vergl. §. 4. num. 5.) wichtig seyn kann, und diese Wichtigkeit der Sache an sich durch den mehr zufälligen Umstand nicht aufgehoben wird, daß zwei gleichförmige Urtheile vorhanden sind. Scheinen die angegebenen Summen zu gering, so würde ich die Summen von 300 und 500 Gulden vorschlagen, aber, wie jetzt nach dem Nationalreichthum die ökonomischen Verhältnisse in Deutschland sind, keine höhere Summe aufstellen. Bei diesem Mittelwege ist man denn auch der Verlegenheit überhoben, eine Appellationssumme für die ärmere Klasse aufzustellen, die man bei einer höheren Steigerung der Appellationssumme nicht wohl vermeiden könnte. —

Hiebei will ich die oft besprochene Frage berühren, wornach die Appellationssumme hinsichtlich der zwei gleichförmigen Urtheile zu bemessen sey, wenn das Urtheil in der Hauptsache zum Theil konfirmatorisch und zum Theil reformatorisch ist. Unterstelle man den Fall, der A. wird wegen einer Geldschuld von 500 Gulden belangt, und von erster Instanz in das Ganze verurtheilt, die Appellations-Instanz aber verurtheilt ihn bloß in 250 fl. und spricht ihn von der anderen Hälfte der eingeklagten Summe los. In diesem Falle sind hinsichtlich des Beklagten, soviel die Summe von 250 fl. angehet, zwei gleichförmige Urtheile vorhanden, er kann also wegen dieser bestätigten Verurtheilung aus Mangel der Appellationssumme von 400 Gulden nicht appelliren, hinsichtlich des Klägers aber, welchem in dem ersten Urtheil zweimal 250 Gulden zugesprochen, in dem zweiten Urtheile aber einmal 250 Gulden abgesprochen wurden, sind die Urtheile nicht gleichförmig, in Ansehung dessen also ist die appellable Summe vorhanden. Der Grund dieses Unterschieds beruhet darin, daß überall, wo von einer Appellationssumme die Rede ist, nur auf die *Summe der Beschwerde*, also auf dasjenige gesehen werden darf, was dem Ap-

pellanten abgesprochen wurde, folglich den Gegenstand seiner Beschwerde ausmacht.

5) Bei der Exekution. Nichts würdigt die Justiz mehr herab, nichts schadet mehr dem Kredit, als wenn der unterliegende Theil die Sache noch in der Exekution durch öfteres Appelliren aufhalten und den Arm der Gerechtigkeit lähmen kann. Nirgendswowird die Beschränkung auf *eine* Appellation, die Summe sey so groß als sie wolle, gerechter und zweckmässiger, als in der Exekution.

6) Bei Erkenntnissen, wo die Beschwerde noch in einem Endurtheile (z. B. im Arrestprozesse) oder in einem künftigen Hauptstreit (z. B. im ordentlichen Streite nach erledigtem jüngsten Besitz, oder in der Nachklage nach erfülltem Urtheil des Exekutivprozesses) gehoben werden kann. Wegen missverständener Stellen des römischen Rechts, hatten die Rechtslehrer manche dieser Sachen für inappellabel *) erklärt, allein man darf nur erwägen, dass auch diese Sachen dem unterliegenden Theile einen bedeutenden Schaden brin-

*) Eine Prüfung derselben findet man in *meinem Handb. des Prozesses Bd. III. Abh. LXI.*

840 Buch IV. Kap. II. Von der Appellation
gen können, um einzusehen, wie nothwendig
es zur Sicherstellung des Rechts sey, *eine* Ap-
pellation zuzulassen, denn grösser Nachtheil
kann einer Parthei durch den Arrest oder durch
die Zahlung der Schuld entstehen, wenn sie
auch die Hoffnung behält, den Arrest in dem
Endurtheil aufgehoben zu sehen, oder ihr Geld
im Prozesse über die Nachklage wieder zu er-
halten. Aber für zweimalige Appellation fand
ich durchaus keinen Grund, eben weil noch
eine andere Hülfe zu erwarten ist.

§. 4.

Berechnung der Appellationssumme.

In einem Gesetzbuche, welches die Appel-
lation von einer Summe abhängig macht, sind
nähere Bestimmungen über deren Berechnung
nothwendig. Der Inhalt dieses Paragraphs selbst
bedarf keiner Rechtfertigung.

§. 5.

Wirkungen der Appellation.

a) Devolution.

Unter den Wirkungen der Appellation ste-
het zuerst die Devolutivkraft, vermöge deren
(N. 1.) der Streitgegenstand zur Kognition des
unmittelbar höheren Richters gebracht wird.
Diese erstreckt sich nicht bloß über den Grund

der Beschwerde, sondern auch über die Vorbedingungen der Appellation (N. 2.) und über die Restitution gegen etwa versäumte Nothfristen, auch ist die Suspensivkraft zum Theil (N. 3. u. 4.) eine Folge der Devolutivwirkung.

§. 6.

Suspensivkraft.

Sehr wichtig ist die Bestimmung über die Suspensivkraft. Es gab in den neuesten Zeiten Rechtsgelehrte, welche glaubten, die Suspensivkraft sey von der Devolutivkraft untrennbar, und *nur der Appellationsrichter* könne darüber erkennen, ob eine Appellation Suspensivkraft habe oder nicht, wogegen der gemeine Prozeß dem *Judex à quo* in den bekannten *Apostolis* oder dem sogenannten *Relevanzbescheide* nach interponirter Appellation das Recht einräumte, darüber zu verfügen. Ich zähle diese Kontrovers, welche neuerlich Hr. v. Almenningen rege machte, zu den sonderbaren Erscheinungen unserer Zeit. Man gestehet zu, daß in vielen Fällen die Appellation keine Suspensivkraft haben könne, und jedes Gesetzbuch zählt solche Fälle auf. Welcher Widerspruch wäre es nun, wenn man darüber dem Unterrichter *alle* Cognition entziehen wollte? Bis der Obergerichter darüber entscheiden

kann, bis die Appellation introduzirt, die Aktenabforderung geschehen, bis die Akteneinsendung erfolgt, bis referirt und der Schluss expedirt, dann der ersten Instanz zugefertigt ist, vergehen *wenigstens* einige Monate; dürfte nun der Unterrichter gar nicht über die Suspensivkraft erkennen, so würde jede Appellation auch in den Fällen, wo ihr das Gesetz die Suspensivkraft abspricht, sich derselben wenigstens auf einige Monate erfreuen können, diese würde *im wichtigsten Zeitpunkt* eintreten, und erst zu einer Zeit aufhören, wo sie, weil das Urtheil in der Appellations-Instanz nahe ist, sehr geringen Werth hätte. — Will man daher nicht dem Zwecke widersprechen, so muß man dem Judex à quo in Kraft eines *Provisoriums* die Versagung der Suspensivkraft *) einräumen, vorbehaltlich der *definitiven* Kognition des höheren Richters, welcher Vorbehalt *ipso jure* eintritt, damit nicht unnöthige Appellationen gehäuft werden. Doch habe ich die Versagung der Suspensivkraft davon abhängig gemacht, daß der Appellat es ausdrücklich verlange, um dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime treu zu bleiben, und um den Richter

*) Vergl. mein Handb. des gem. Proz. Band III. Abh. LXII.

von dem Vorwurf der Partheilichkeit durch unverlangte Abschlagung der Suspensivkraft zu befreien.

§. 7.

c) *Recht der neueren Vertheidigung.*

Die dritte Wirkung ist, das bekannte „Beneficium non deducta deducendi, non probata probandi“, welches die Praktiker auch in das gefährliche Axiom verwandelt haben, „appellatio rem reducit ad statum litis contestatae“ *). Die baierische Gerichtsordnung **) hat die Tendenz, die Appellation von der Restitutio ex capite novorum scharf zu trennen, und bei jener *keine Nova* zuzulassen. Doch bleibt sie dieser Ansicht nicht so treu, als man gewöhnlich, selbst von Seite der Gerichte, glaubt, denn vielmehr läßt dieselbe *Nova* zu ***), jedoch nur solche, welche eine Restitution begründen und sie verordnet, daß alsdann, die Sache ad instruendum an die vorige Instanz remittirt, dort der Beweis erhoben, dort über die *Nova* erkannt werde, also — was freilich nicht buchstäblich in der Gerichtsordnung, aber

*) Mein Handb. Band III. Abh. LX.

**) Cap. XV. §. 5. num. 8. und §. 7. num. 9.

***) Cit. I. §. 5. num. 8.

gewiß in ihrem Geiste liegt — die Appellation suspendirt bleiben, und wenn über diesen neuen Spruch appellirt wird, über die vorige und jetzige Appellation in einem *Urtheile* entschieden werden soll.

Die Restitution ex Novis ist ein so eigenthümliches Rechtsmittel, daß ich ihre Verbindung mit der Appellation nicht für zweckmässig angesehen, daher der Satz, Nova in Facto dürfen bei der Appellation nicht berücksichtigt, also auch nicht vorgebracht werden, mit aller Strenge eingehalten, und mit der nöthigen Konsequenz verfolgt habe.

§. 8.

d) *Wieferne die Appellation für beide Theile gemeinschaftlich sey.*

Als vierte Wirkung der Appellation geben die Praktiker an, daß sie eine für *beide Theile* gemeinschaftliche Wohlthat sey, daher auch dem Appellaten nicht nur zur weiteren Ausführung seines Rechts (§. 7.), sondern auch um eine Abänderung des Urtheils zu seinem Vortheil zu hoffen (*reformatio in pejus*) zu statuten komme. Hieraus sind die vielen Kontroversen über die *Adhäsion* im Gegensatz der *Appellatio mutua seu reciproca* entstanden.

Wir

Wir haben es mit der Legislation zu thun, und sind durch kein positives Gesetz beschränkt. Ich warf mir also die Frage auf: ist es besser, die Adhäsion ganz aufzuheben, und den Appellaten, wenn er das Urtheil zu seinem Vortheil reformirt haben will, zur Beobachtung der Appellationssolennien zu verbinden, oder ist es besser, die Adhäsion zu erlauben? — Mir schien das letzte rätlicher, indem manche Appellationen hinwegfallen, wenn allenfalls das Urtheil jede Parthei einigermaßen kränkt, und jede die Adhäsion der andern fürchtet, oder wenn mancher auf den Fall, daß der andere das Urtheil unangefochten läßt, gerne ein kleines Unrecht erträgt, wogegen auf den Fall, daß man die Adhäsion nicht gestattet, Jeder in der Ungewissheit, was sein Gegner thun werde, zum Appelliren gleichsam gezwungen wird. Daher habe ich 1) wenn es *verschiedenen* Punkten eines Urtheils gilt, jede Parthei zur *Selbstappellation* über diejenigen Punkte, welche sie angreifen will, verbunden; 2) aber über *dieselben Punkte* beiden Theilen *selbstständig* zu appelliren erlaubt, wovon die Wirkung ist, daß der Verzicht eines Theils die Appellation seines Gegentheils nicht aufheben kann; 3) annebst über *dieselben Punkte* dem Appellaten zu *adhäriren* er-

846 Buch IV. Kap. II. Von der Appellation
laubt, und diese Adhäsion vom vorbemerkttem
Falle nur darin unterschieden, daß die Adhäsion
nicht eher als nach angemeldeter Appella-
tion des Gegentheils geschehen kann.

Das Verfahren selbst mußte ich mit Rück-
sicht auf das vorgeschlagene Anmelden der Ap-
pellation bei der vorigen Instanz vorzeichnen.
Dem *Adhärenenten* erlasse ich das *Anmelden*,
aber nicht die *Einführung* der Adhäsion, denn
auch *Er* stellt *eigene Beschwerden* auf, und
sogut er über die Beschwerden seines Gegners
vernommen wird, ebensogut muß sein Geg-
ner über seine Beschwerden sich vertheidigen
können. Nach diesem Gesichtspunkt habe ich
die Adhäsion hier durchgeführt.

§. 9.

Attentaten.

Die Bestimmungen über Attentate sind
aus sich selbst einleuchtend. Daß ich den
Verlust der Appellation als Strafe des Attentats
nicht festsetze, wird wohl niemand mißbilli-
gen, da diese Strafe in den mehrsten Fällen
unverhältnißmässig seyn würde, auch eine gu-
te Gesetzgebung solche Privatstrafen nicht bil-
ligen kann.

§. 10.

*Appellationsverfahren I. gegen Urtheile.*1) *Anmelden der Appellation.*

Bei dem Verfahren über die Appellation mußte ich auf den Unterschied zurückkommen, ob die Appellation gegen ein Urtheil (§. 10 — 15.) oder gegen ein abschlägiges Dekret (§. 16.) ergriffen wird, eine Vergleichung des Verfahrens in beiden Fällen rechtfertiget diese Sonderung.

Das *Anmelden der Appellation* (Interpositio) war schon im gemeinen Prozesse aus dessen älteren Rechtsquellen eingeführt, andere Gesetzbücher, insbesondere die baierische Gerichtsordnung, haben es als eine überflüssige Formalität angesehen, und stillschweigend aufgehoben, da sie die Interposition mit der Introduction in einer Handlung bei dem oberen Richter geschehen lassen. Gälte es nur einer *Formalität*, so hätte ich mich wohl gehütet, die Formalitäten ohne Noth zu vermehren. Allein die Anmeldung der Appellation bei dem vorigen Richter greift so tief in das Ganze eines zweckmässigen Appellationsverfahrens und in die schnellere Exekution ein, daß ich mich nach vielem Nachdenken und nach vielseitiger Betrachtung aller Folgen bewogen

848 Buch IV. Kap. II. Von der Appellation
fand, jenes Anmelden in Vorschlag zu bringen. Ohne dieses Anmelden bleibt der Richter und obliegende Theil einige Monate lang im Zustand der Ungewissheit, ob der unterliegende Theil appelliren wolle, und oft hätte die Exekution um zwei Monate früher eintreten können, wenn man gewußt hätte, daß keine Appellation ergriffen würde. Wie will man in die Versagung der Suspensivkraft, oder in die Adhäsion ein konsequentes Verfahren bringen, wenn man das Fatale der Anmeldung nicht anordnet?

Für diese Anmeldung selbst muß ein kurzer Termin (N. 1.) festgesetzt seyn, doch geräumig genug, um nach der Urtheilsverkündigung die Sache mit einem Rechtsverständigen überlegen zu können; ein zu enger Anmeldungstermin würde manche voreilige Appellation zur Folge haben. Nach dem Unterschied zwischen dem ordentlichen und dem summarischen Prozesse wurde jener Termin der Regel nach auf 15 und 8 Tage festgesetzt, doch das Lokationsurtheil im Konkurse wegen der Menge und Wichtigkeit der dabei vorkommenden Forderungen dem Urtheil im ordentlichen Prozesse gleich gestellt. Das Anmelden selbst muß die bestimmte Erklärung zu *appelliren*

enthalten, bloße Protestationen gegen das Urtheil, ein allgemeiner Vorbehalt oder eine unbestimmte Einwendung aller zulässigen Rechtsmittel (Num. 2.) ist kraftlos, denn die Appellation ist ein neuer Angriff, und dieser fordert schon in seinem Anfang, besonders wegen der Adhäsion, volle Bestimmtheit. Aus eben diesem Grunde soll der Appellant (Num. 3.) bei einem mehrere Punkte enthaltenden Urtheile die Punkte genau angeben, wogegen er appellirt; doch hat die Unterlassung dieser genauen Bezeichnung keine andere Folge, als daß angenommen wird, die Appellation sey gegen alle Punkte des Urtheils gerichtet, welches besonders hinsichtlich der Adhäsion praktische Wichtigkeit hat.

§. 11.

2) *Notifikation an den Appellaten.*

Jedem Theile liegt viel daran, zu wissen, ob sein Gegner appellirt habe oder nicht; daher ist die Notifikation der Appellation an den Appellaten nothwendig, auch wurde hiernach das Anrufen um provisorische Vollstreckung des Urtheils, wo sie verlangt werden kann, geordnet. Findet man bei dem Vorschlage hierfür den Termin vom Tage der Urtheilsverkündung an zu berechnen einen Anstand, so kann

man auch den Termin vom Tage der erhaltenen Notifikation der Appellationsanmeldung zu laufen anfangen lassen. Ein vorsichtiger Appellat, dem an provisorischer Vollstreckung des Urtheils liegt, wird sich ohnehin durch sein Interesse aufgefordert finden, mit dieser Bitte baldmöglichst aufzutreten.

§. 12.

3) *Einführung und Rechtfertigung der Appellation.*

Das Appellationsverfahren hätte zwar an *Kürze* gewonnen, wenn man dem Beschwerdenlibell bei dem Richter voriger Instanz einreichen, von diesem sogleich die Mittheilung des Beschwerdenlibells (und eben so der Adhäsionsschrift) an den Appellaten zur Vernehmung verfügen, sodann die geschlossenen Akten an den Richter der Appellationsinstanz einsenden liesse. Allein dabei wäre nicht blofs die Sicherheit des Appellanten, besonders bei Untergerichten, öfters prekär gemacht, sondern auch ein ganz gemessenes Appellationsverfahren vielfach erschwert worden. Kein Richter hätte die Zulässigkeit der Appellation vorher prüfen, und darüber entscheiden können, und manche Appellationen wären schlüssig verhandelt worden, ungeachtet die Sache inappellabel, folglich zur Verhandlung für die Appel-

lationsinstanz nicht geeignet war; hätte man den Unterrichter über die Zulässigkeit der Appellation die Entscheidung eingeräumt, so mußte man, wenn anders das Recht sichergestellt bleiben sollte, a rejecta appellatione (oder in der alten Sprache ab apostolis refutatoriis) eine neue Appellation gestatten, und durch alles dieses wären in hundert Fällen Nachteile eingetreten, welche durch den in anderen fünfzig Fällen erzielten Vortheil nicht aufgewogen würden. Diese Gründe bestimmten mich, die Einführung und Rechtfertigung der Appellation bei dem höheren Richter beizubehalten, und hiermit auch das mehr geregelte Verfahren für die Adhäsion zu verbinden. Der Einführungstermin ist auf 60 und 30 Tage von Zeit der Urtheilsverkündigung festgesetzt.

§. 13.

4) Vom Beschwerdenlibelle und der Adhäsionsschrift.

Die Bestimmungen dieses Paragraphs bedürfen bei ihrer augenfalligen Zweckmässigkeit keiner Rechtfertigung.

§. 14.

5) Verfügung der Appellationsinstanz.

Die Beschwerdenschrift fordert so, wie die etwa übergebene Adhäsionsschrift eine ge-

naue Prüfung des Richters über die *Formalien* der Appellation; diese ist auch (N. 1.) vorge-schrieben, doch absichtlich von Prüfung der *Materialien*, d. h. der Beschwerden selbst, nichts gesagt worden. Dafs an Zeit und Kosten er-spart wird, wenn die Appellationsschriften auch in Ansehung der *Materialien* sogleich vor der Mittheilung geprüft und Appellationen abgewie-sen werden, welche schon nach der Vorstel-lung des Appellanten ungegründet erscheinen, räume ich ein. Allein die Sache hat auch ei-ne Kehrseite, und diese halte ich für überwie-gend. Ueberhaupt fällt in dem vorgezeichne-ten Appellationsverfahren, welches in der Ap-pellationsinstanz keine Nova gestattet, und den Schluß des Verfahrens mit der Antwort des Appellaten unter einem kurzen unerstreckba-ren Termine eintreten läßt, der Grund hin-weg, wesswegen nach dem gemeinen Prozesse die Abschlagung der Appellationsprozesse auf den Beschwerdenlibell von grosser Wichtigkeit war; ob eben alle Appellationssachen, wenn man sogleich über den Beschwerdenlibell re-feriren läßt, mit der nöthigen Gründlichkeit berathen werden, bleibt ungewifs, auch wird das ganze Verfahren schwankend, denn es hängt geradehin vom Referenten ab, ob er die Be-schwerden ganz grundlos oder doch einiger-

massen zweifelhaft finden will, und das Gericht selbst wird in Verlegenheit gesetzt, wenn es die Beschwerden durch Mittheilung des Gravatoriallibells für wahrscheinlich erklären und doch nachher das vorige Urtheil bestätigen will, und da man bei offenbar gegründeten Beschwerden ohne Vernehmung des Appellaten nicht reformatorisch erkennen läßt, so halte ich für besser, wenn man ohne Vernehmung des Appellaten auch nicht konfirmatorisch sprechen läßt, wenigstens wird in dem Appellanten, wenn seine Sache als geschlossener Akt berathen wurde, ein grösseres Vertrauen in das Appellationsurtheil erweckt, und durch Beschränkung der ersten Prüfung auf die *Formalien* der Appellation das ganze Appellationsverfahren gemessener.

Die Zulassung der Vertheidigung des Appellaten gegen den Beschwerdenlibell und des Appellaten gegen die Adhäsionsschrift (N. 2.) ist eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß Niemand ungehört verurtheilt werden dürfe, eines Grundsatzes, der wohl mit höherem Rechte in zweiter oder dritter Instanz eingehalten, und welchem der kleinere eingebildete Vortheil, etwas wenigens an Zeit und Kosten zu sparen, untergeordnet werden muß. Ent-

weder dürfte man dem Appellanten in der höheren Instanz keine Ausführung seiner Beschwerden gestatten, oder man muß dem Appellaten die Vertheidigung dagegen erlauben, ein Drittes ist rechtlich nicht denkbar. Oft hängt der gute Ausgang einer Sache von der gefälligen Darstellung, von gelungenen Wendungen ab, oft besitzt der Appellant die Kunst, einen blendenden Schein über die Sache zu verbreiten, den nicht immer das Auge des Richters allein durchdringt, wenn ihm nicht die gegenseitige Darstellung und Beleuchtung des Appellaten das Erkennen der Wahrheit erleichtert, und das Gefühl des Appellaten, dessen Mißtrauen in die Unbefangenheit des oberst-richterlichen Urtheils muß unbeschreiblich seyn, wenn er einen durch zwei Erkenntnisse errungenen Sieg durch das Urtheil der letzten Instanz auf einmal verliert, ohne daß ihm erlaubt war, sein Recht gegen die Ausführung des Appellanten zu vertheidigen! Ich habe also, ohne zwischen den Instanzen zu unterscheiden, in allen Fällen die wechselseitige Vertheidigung *) gestattet, doch auf eine einzige Ver-

*) Bei *Konkursen* wird in Folge des oben (B. III. Kap. IX.) angenommenen Ediktsprozesses der Beschwerdenlibell zu den Konkursakten ge-

nehmlassung, und selbst diese auf einen nicht erstreckbaren Termin beschränkt.

§. 15.

6) Vom Appellationsurtheil.

Dafs ich bei dem Urtheil in der Appellationsinstanz (Num. 1.) eine nochmalige Prüfung der Zulässigkeit der Appellation und der Nothfristen nur dann vorschreibe, wenn entweder dagegen Einreden vorgebracht worden, oder aus den Akten erhellt, der Appellant habe zu ihrer Rechtfertigung aktenwidrige Data angeführt, folgt aus dem, was ich oben (Kapitel I. §. 3.) von der Appellation gegen einfache Dekrete anführte. Auch ist die folgende Bestimmung (Num. 2.) über Entscheidung der Appellation und Adhäsion in einem Urtheil Folge ihrer Untrennbarkeit. *Sukkumbenzgelder*, in welche der Appellant bei einem jeden konfirmatorischen Erkenntnisse der Regel nach verurtheilt wird, schienen mir eine unnatürliche

legt, und den Gläubigern hievon Nachricht gegeben, damit diejenigen, welche dabei theiligt zu seyn glauben, innerhalb des bestimmten gesetzlichen Termins dagegen ihre Vernehmlassung einreichen können. Es wird nothwendig seyn, diese Bestimmung in den Text aufzunehmen.

856 Buch IV. Kap. II. Von der Appellation
Strafe, und, da sie der Regel nach keine bedeutende Summe betragen, eine unzweckmässige Maasregel. Strafen sind wohl gerecht bei freventlichen oder muthwilligen Appellationen, und die Obergerichte sollen dann (N. 3.) jedesmal den schuldigen Theil, also den Advokaten, der es verstehen muß, und die Parthei mit aller Strenge bestrafen, aber gewiß beurkundet nicht jedes konfirmatorische Erkenntniß die Frivolität der Appellation.

§. 16.

II. Gegen abschlägige Dekrete.

Die Eigenthümlichkeiten der Appellation gegen einfache abschlägige Dekrete fordern eigene Bestimmungen über das dabei zu beobachtende Verfahren, insbesondere war große Umsicht nothwendig, um die Folgen eines reformatorischen Erkenntnisses (Num. 5.) so zu bestimmen, daß dem Appellaten nichts von jenen Rechten entzogen wird, welche ihm zugestanden wären, wenn der Richter erster Instanz anstatt des abschlägigen Dekretes ein Willfähriges erlassen hätte; ich glaube, dieses schwere Problem ganz befriedigend gelöst zu haben.

§. 17.

Vom Rekurse.

Da der Rekurs in administrativ-kontentiösen Rechtssachen an die Stelle der Appellation in reinen Civilrechtssachen tritt, so ist, mit Ausnahme der kürzeren Termine zur Anmeldung und Einführung des Rekurses, auf dasjenige verwiesen worden, was über die Appellation bestimmt ist.

Drittes Kapitel.**Vom Rechtsmittel der Wiedereinsetzung
und der Nichtigkeitsklage.**

§. 1.

*I. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.**1) Wegen neuer Umstände oder Beweise.*

Dieses Kapitel faßt die zwei ausserordentlichen Rechtsmittel in sich, für welche ich die Bemerkung beifüge, daß sie auch bei administrativ-kontentiösen Sachen statt finden. Den Anfang mache ich mit der bekannten Restitutio in integrum, und da die Wiedereinsetzung wegen verabsäumter Termine schon oben (Buch I. Kap. V. §. 13.) abgehandelt wurde, so

ist sie hier als Rechtsmittel gegen Urtheile oder diesen gleich zu achtende abschlägige Dekrete (Kap. I. §. 3.) aufgefaßt. Es war für dieses Rechtsmittel so wie für die Nichtigkeitsklage sehr schädlich, daß man Rechnungsfehler (*error calculi*) und falsche Beweise (*falsa causa*) zu der *Nichtigkeitsklage* stellte, ungeachtet ihre nächste Verwandtschaft, ja sogar ihre Identität mit der Restitution wegen neuer faktischer Vorlagen jedem einleuchten muß. Durch diese falsche Stellung war das nichtdevolutive Mittel der Restitution unvollständig, und die ihrer Natur nach bloß devolutive Nullitätsklage mußte in der Zwittergestalt eines bald devolutiven bald nicht devolutiven Rechtsmittels erscheinen. Diesen alten Mißgriff habe ich verbessert und nun lassen sich die Restitutionsgründe auf zwei Klassen zurückführen 1) wegen neuer Umstände oder Beweise (§. 1 — 4.) 2) wegen rechtswidriger Beschädigung (§. 5.).

Im allgemeinen wird zur Begründung einer Restitution *ex capite novorum* *) erfordert, daß a) etwas *Neues faktisches* (N. 1. u. 2.) vorgebracht werde; *Novum Juris* begründet keine Restitution, wenn nicht das Jus selbst

*) Statt des Kommentars verweise ich auf mein Handbuch Band III. Abh. LXVI.

als Factum z. B. in dem Beweise eines Gewohnheitsrechts, im Auffinden eines vorher nicht bekannten Satutarrechts bestehet. b) Dafs dem neuen Vorbringen keine Präklusion oder Desertion (N. 3.) entgegenstehe, wesshalb der Impetrant zum Beweise oder in dessen Ermangelung zu dem Eide (N. 5.) über die Zeit der Entdeckung verbunden ist; bei welchem jedoch die Erweiterung der reichsgesetzlichen Formel „oder dafs er es vorzubringen nicht für dienlich erachtet habe“ als zweckwidrig ausgelassen, übrigens (N. 6.) noch für den Fall vorgesorgt wurde, wenn der Parthei die Beweise zwar bekannt waren, aber deren Beischaffung nicht möglich war, ein Fall, der bei Kriegen oder sonstigen ungewöhnlichen Umständen oft eintreten kann. c) Dafs das neue Vorbringen relevant (N. 4.) sey.

§. 2.

2) Wegen Rechnungsfehlern.

Damit nicht jeder Streit über eine Rechnung als Rechnungsfehler zum ausserordentlichen Rechtsmittel der Restitution gezogen werde, war es nothwendig, den Begriff des *Error calculi* *) auf Irrthum an Zahlen oder an deren

*) Vergl. mein Handb. Band III. Abh. LXIV. §. 34. Bd. IV. Abh. LXXV. §. 17. num. 7.

Berechnung zu beschränken. Da hier ein *Irrthum* zum Grund liegt, welcher durch *neues* Vorbringen berichtigt wird, so ist die Stellung unter die Wiedereinsetzung vollkommen gerechtfertiget, und dabei auch für den Zeitraum, innerhalb dessen man sich dieses Rechtsmittels bedienen muß, noch gewonnen, da es mit der Festigkeit der Erkenntnisse nicht vereinbar wäre, darüber innerhalb dreisig Jahren, wie das römische Recht vorschreibt, eine Anfechtung zuzulassen, wenn auch der Rechnungsfehler früher entdeckt wurde.

§. 3.

3) *Wegen falscher Beweise.*

Auch dieses, unter dem Namen des Angriffs gegen ein *ex falsa causa* gefälltes Urtheil, bekannte Rechtsmittel hatte man zu der Nulitätsklage gezogen, ungeachtet es offenbar zur Restitution wegen neuen faktischen Vorbringens gehört. Hierbei ist vordersamst zu bemerken, daß nicht ein neuer Gegenbeweis*) der allenfalls mit dem vorherigen Beweise abgewo-

*) Was unter der *Falsa causa* zu verstehen sey, habe ich ausführlicher im Handb. Band III. Abh. LXIV. §. 33. erörtert, womit der gegenwärtige Vorschlag übereinstimmt.

gewogen werden müßte, sondern der Beweis, daß die vormaligen Beweise *gefälscht* waren, vorausgesetzt werde.

§. 4.

4) Insbesondere gegen ein auf Eid ruhendes Urtheil.

Die Prozeßgesetzbücher haben die Lehre vom Eid, und mit ihr die Frage: ob ein auf einem Eide ruhendes Urtheil durch Restitution angefochten werden könne? dem Civilgesetzbuch überlassen. Mir schien es nothwendig, sie im Prozeßkodex zu entscheiden. Auch die gewöhnliche Bestimmung, daß es *nur wegen Meineids* angefochten werden könne, schien mir nicht erschöpfend, denn bei einem vom Nichtwissen (*de ignorantia seu credulitate*) abgelegten Eide, oder bei neuen Umständen und Beweisen, welche den Eid als gültig stehen lassen, aber, ohne den Eid geradehin anzugreifen, das Recht des Imploranten in dem Verhältniß begründen, wie der Beweis der Einrede die bewiesene Klage zerstört, wird Jedermann die Zulassung der Restitution in Billigkeit und Recht für nicht weniger gegründet erkennen, als wenn man den Beweis des Meineids liefern kann.

§. 5.

5) *Wegen rechtswidriger Beschädigung.*

Die *baierische* und *preussische* Gerichtsordnung nehmen auch die rechtswidrige Beschädigung unter gewissen Voraussetzungen als Restitutionsgründe an; wer möchte wohl die laut sprechende Billigkeit im Falle einer Prävarikation (N. 1.) oder bei Minderjährigen, Stiftungen und dem Fiskus *) verkennen, wenn die im Texte bemerkten Voraussetzungen eintreten? Der einzigen Furcht, daß dadurch die Sicherheit des Rechts gefährdet werde, ist durch die folgenden Bestimmungen über die Dauer dieses Rechtsmittels vorgebeugt.

§. 6.

Dauer dieses Rechtsmittels.

Die Dauer dieses Rechtsmittels war nach römischem Rechte mit vier Jahren in den deutschen Prozeß übergegangen; es ist aber gewiß unverkennbar, daß dieser Termin viel zu lange ist; um nicht viele verschiedene Termine aufzustellen, nahm ich dafür, wie bei der Nulli-

*) Im Texte bitte ich den durch Druckfehler entstellten N. 3. folgendermassen zu lesen: „Dem Fiskus, frommen Stiftungen und Kommunen“ etc.

tätsklage, *ein Jahr* besonders aus dem Grunde an, weil man doch nach entschiedener Sache durch Vergleichung mit den Akten zu einem ganz neuen Angriffe längere Zeit zur Ueberlegung braucht, als bei der Appellation in einer laufenden Sache, welche nach allen ihren Momenten der Parthei und ihrem Anwalt in frischem Gedächtniß ist. Doch habe ich den Fiskus, Stiftungen und Kommunen den Großjährigen gleich gestellt, übrigens den Anfang jenes Jahrs nach dem Prinzip: *non valenti agere non currit praescriptio*, festgesetzt.

Bei allem dem aber schien mir sowohl für die Restitution als für die Nullitätsklage eine neue Bestimmung nothwendig, wofür mir die allgemeine Verjährungstheorie und vielleicht eine im dunkeln schwebende Idee der römischen Verjährungszeit von 30. Jahren gegen die Nullitätsklage zur Begründung dient. Die bürgerliche Gesellschaft bedarf nämlich eines gesetzlichen Ruhepunktes, welcher das Eigenthum und das Recht gegen jeden möglichen Angriff sicher stellt; die Gesetze fanden ihn in der Verjährung, und nahmen dafür in allen Fällen, wo keine Beschränkung oder Erweiterung gebothen war, den Zeitraum von dreisig Jahren an, der auch lange genug ist, da er ein ganzes thätiges Menschenleben umfaßt. Soll

nun nach dreisig Jahren allem Streiten ein Ende gemacht seyn, so muß dieses desto mehr alsdann eintreten, wenn Jemand ein formell rechtskräftiges Urtheil für sich hat. Ob die Anfechtungsgründe erst später nach jenem dreisigjährigen Zeitraum entdeckt wurden, oder nicht, darauf darf man keine Rücksicht nehmen, weil das Ende alles Streitens ein überwiegendes Motiv ist, und weil man nicht wissen kann, wieviele Vertheidigungsgründe gegen die aus dem Staube hervorgezogenen Nova jener lange Zeitraum vergraben oder zerstört hat. Daher glaube ich, nach dreisig Jahren dürfe weder Restitution noch Nullitätsklage mehr zugelassen werden, wenn auch die Nova oder Nichtigkeitsgründe erst später entdeckt wurden, und es wäre mit der Sicherheit des Rechts unvereinbar, wenn man dem Fiskus, frommen Stiftungen oder Gemeinden hierin einen Vorzug zugestehen wollte.

§. 7. bis 11.

Dessen Wirkung und Verfahren.

Alle Bestimmungen dieser Paragraphen über die Wirkungen dieses Rechtsmittels und über das bei demselben eintretende Verfahren bedürfen weder einer Erläuterung noch einer besonderen Rechtfertigung.

II. Nichtigkeitsklage.

Die ganze Streitfrage über die Klage wegen unheilbarer Nichtigkeit der Erkenntnisse verdankt ihr Daseyn der Chicane, indem Advokaten, wenn sie sahen, daß die Appellation versäumt, oder das Urtheil auf diesem Wege nicht anzufechten sey, ihre Zuflucht zu der Nullitätsklage nahmen, wofür das römische Recht einen dreisigjährigen Zeitraum verstatet. Die Rechtsgelehrten thaten auf doctrinellem Wege alles, was ihre Kräfte vermochten, um den Knoten recht zu verschlingen. So entstanden die Distinktionen zwischen Jus in thesi und jus in hypothesis, zwischen sententia nulla et iniqua und zwischen nullitas sanabilis et insanabilis *). Selbst auf dem Reichstage vom Jahre 1653 u. 1654 waren die deutschen Gesandten in so gründliche Disputen über jene Kontroversen gerathen, als wären sie schulgerechte Doktoren. Soll nicht alle Sicherheit des Rechts verschwinden, soll Rechtskraft kein leerer Namen werden, so muß die Gesetzgebung den Satz festhalten, daß wegen dem *Materiet-*

*) Vergl. hierüber zwei ausführliche Abhandlungen in meinem Handb. Bd. III. Abh. LXIV, und LXV.

len der Entscheidung keine Nullitätsklage stattfinden dürfe. Sey auch das *Jus non dubiae auctoritatis non dubiae interpretationis*, streite auch das Urtheil gegen ein *ex Lege, vel pacto vel re judicata* erworbenes Recht, dennoch darf hierüber keine Nullitätsklage zugelassen werden, weil *dafür* das Institut der Appellation zureicht, und die Gröfse oder Schwere der materiellen Verletzung z. B. in dem bekannten *contra jus in thesi*, keinen Grund darbietet, gegen die in der bürgerlichen Gesellschaft nothwendige Heiligkeit der *Res judicata* ein neues Rechtsmittel in der Nullitätsklage aufzustellen, und alles niederzureißen, in dem Wahne, einer scheinbaren Billigkeit wegen etwas Neues aufzubauen. Also nur in der *verletzten Form*, im Mangel jener gesetzlichen Vorbedingungen, ohne welche nichts Materielles gültig entschieden seyn kann, liegt der Grund zu einer Nichtigkeitsklage als ausserordentlichem Rechtsmittel. Diesen Grundsatz habe ich strenge befolgt, ich konnte jedoch bei dem allgemeinen Anspruche nicht stehen bleiben, sondern ich mußte vielmehr, um die Frage ausser Streit zu setzen, welche formelle Mängel die Nichtigkeit des Erkenntnisses zur Folge haben, die Sache genauer zergliedern, und die Nichtigkeitsgründe, wel-

d. Wiedereins. u. d. Nichtigkeitsklage. 867
che in jenem allgemeinen Prinzip enthalten
sind, einzeln aufzählen.

§. 13.

Dauer dieses Rechtsmittels.

Hierüber kommt alles dasjenige in Anwen-
dung, was ich über die Dauer der Restitution
zum §. 6. bemerkt habe.

§. 14.

Wirkungen desselben.

Nachdem ich die vormals unrichtig zur
Nichtigkeitsklage gezogenen Fälle (§. 2 — 4.)
an ihren gehörigen Platz zu der Restitution ge-
stellt hatte, konnte ich auch die Devolutivkraft
der Nullitätsklage ohne Ausnahme aussprechen,
denn immer ist es nunmehr eine Handlung des
Gerichts, welche durch Vernachlässigung der
wesentlichen Vorbedingungen irgend eines gül-
tigen Urtheils das Recht verletzt hat, und da-
rin lag auch für mich der Grund, diese so be-
schränkte Nichtigkeitsklage ohne Rücksicht auf
die Appellationssumme zuzulassen. Die Suspen-
sivkraft kommt ihr nur alsdann zu, wenn sie
sogleich bescheiniget ist, woran es eben wegen
der Beschränkung auf wesentliche Formen sel-
ten mangeln wird.

Die Bestimmungen über das Verfahren werden ohne weitere Erläuterung für sich selbst als zweckmässig erscheinen.

Viertes Kapitel.

Von einfachen Beschwerden gegen den Richter.

Der Gegenstand dieses Kapitels ist seiner Natur nach so einfach, dafs ich eine Erläuterung seines Inhalts für überflüssig achte, und mich lediglich auf dasjenige beziehe, was ich darüber schon im Handbuche des deutschen Prozesses Band III. Abhandlung LXVII. gesagt habe.

Fünftes Kapitel.

Von der Exekution.

§. 1.

Wann die Exekution eintritt.

Dieses wichtige Kapitel beginne ich mit einer allgemeinen Darstellung der Gesichtspunkte, welche die Legislation über die gerichtliche Vollstreckung einhalten muß.

Der Kredit im Staate, soferne die Civil-legislation auf ihn einwirken kann, ruhet auf zwei Punkten, von welchen keiner ohne den Anderen das groſse Ziel erreicht. 1) Ein richtiges *Hypothekensystem*, gebaut auf die Prinzipien der *Publizität* und *Spezialität* sichert den *Realkredit*: es sichert den Gläubiger gegen *Verlust* seines Kapitals, und den Richter, daß er keine Exekution zum Schaden der vom Gesetze bevorzugten Gläubiger verhängt: 2) Eine richtig abgemessene *Exekutionsordnung* sichert den *Personalkredit*, damit jeder Gläubiger zu der Zeit, wo er sein Geld braucht, auf *Zahlung* rechnen, und hiernach seinen Verkehr einrichten könne.

Hat die Exekutionsordnung wesentliche Mängel, so gebricht es dem Staate am Kredit

870 Buch IV. Kap. V. Von der
zum lebhaften Verkehre, und die Justiz wird
zum Spotte.

Was hilft die prompteste Justizpflege, was
hilft die Thätigkeit aller Gerichte, wenn sie
zu nichts führt, als zu einem Urtheil auf dem
Papiere, ohne Realität, dessen Execution der
unterliegende Theil *unter dem Schutze des Ge-
setzes* und trotz aller Betriebsamkeit der Ge-
richte Jahrelang hinausziehen kann?

Die wenigsten Gesetze entsprechen dieser
Forderung, angesteckt von einem *falschen Mit-
leid*, öffnen sie den Aufzüglichkeiten der Ad-
vokaten ein weites Feld, *schonen* wollen sie
den *Schuldner*, und vergessen den *Gläubiger*,
der viele Hindernisse besiegen, der viele Ko-
sten vorschiesßen, der lange warten mußte, bis
er es zur rechtskräftigen Entscheidung brachte,
und der oft selbst wegen verzögerter Vollstre-
ckung seine Forderung verliert oder vollends
zu Grunde geht.

Wohl darf ich mich auf die *allgemeine
Klage* über endlose Aufzüglichkeiten bei der
Vollstreckung und auf die *Erfahrung* berufen,
welche viele Prozesse aufzeigen kann, die in
zwei Jahren glücklich *entschieden* waren, aber

vier und sechs Jahre lang in der Exekution herumgezogen wurden.

Von einem strengen Exekutionsgesetze kann die Rede nicht seyn, denn *Strenge* ist der nothwendige Karakter *aller* Exekutionsordnungen, so manches Gesetz *will* streng seyn, und verfehlt nur dadurch ihren Zweck, daß es der *Chicane Mittel* darbietet, die vom Gesetz bezweckte *Strenge* zu vereiteln. — Es handelt sich vielmehr um ein *bestimmtes* Exekutionsgesetz, welches die Chicanen abschneidet, womit man das Gesetz wirkungslos machte, und *kraft des Gesetzes mit dem Gesetze selbst spielt*.

Wollte man den Termin zur Zahlung nach ergangenem verurtheilenden Erkenntnisse von sechs Wochen auf acht Tage vermindern, oder die Eintheilung in Fristzahlungen von fünf Jahren auf zwei Jahre reduciren, so wäre das Gesetz *streng*; wenn aber das Gesetz *nur dafür* sorgt, daß der *gesetzliche Termin* durch keine *Chicane*, durch keine Advokatenränke verrückt werden könne, so ist das Gesetz *nicht strenger*, sondern *nur bestimmter, eingreifender, konsequenter!*

Auch sind die Folgen eines unbestimmten, der Chicane nicht vorbeugenden Gesetzes, nicht bloß dem Kredit überhaupt, sondern *selbst dem Schuldner* am meisten verderblich. Die Advokatengebühren und Gerichtstaken, welche der Schuldner zahlen muß, der gewöhnlich in *alle* Kosten verurtheilt wird, übersteigen bei weitem das *Maximum* einer jeden Provision für Negocirung eines Kapitals, übersteigen oft das Kapital selbst, und unter ihrer Last erliegt der Schuldner, der vielleicht im Anfang bei einem eingreifenden Exekutionsgesetze noch zu retten war, wie dieses auch die Erfahrung bewährt.

Man verwechselt also *Strenge* mit *Bestimmtheit*; ich will lieber, das Gesetz bestimme nach dem Urtheil einen Termin von *drei Monaten* zur Zahlung, wenn man den Termin von einem *Monate* für zu streng ansiehet, als daß ich ein Gesetz billigen könnte, welches *ein Monat* vorschreibt, und es den Advokatenränken überläßt, diesen Monat in ein Jahr zu verwandeln! Wer das Erste *Strenge* nennt, hat von der Gesetzgebung gar keinen Begriff. *Welches sind nun die Gesichtspunkte für eine Exekutions-Ordnung?*

I. Der *Hauptgesichtspunkt* ist, daß dem *Gläubiger* auf die *schnellste Art* zu seiner

Forderung verholffen werde; die *Schonung des Schuldners* ist nur ein *untergeordneter* Gesichtspunkt, welcher nur insoferne, als jener nicht verrückt wird, in Betrachtung kommen kann, und alle Forderungen an eine gute Legislation sind erfüllt, wenn das Gesetz dem Richter eine solche Latitude läßt, daß nicht eine *unnöthige Härte des Gläubigers* dem Schuldner einen *übermässigen Schaden verursacht*. Der Gläubiger fordert das *Seine*, der Schuldner verweigert es ihm; wer will läugnen, daß das Recht des Gläubigers den Vorzug verdient, und daß ein für den Schuldner aus der Exekution entstehender Schaden *in der Regel* das Recht des Gläubigers auf Zahlung nicht hindern kann?

Jedes Beispiel, das man für den Schuldner anführen kann, widerlege ich mit einem Gegenstück für den Gläubiger. Ein Bierbrauer, (um in einem *beliebten* Exempel beide Seiten darzustellen) soll im Mai, ehe er sein Sommerbier verkauft hat, eine Geldschuld bezahlen, die er nach dem Verkaufe dieses Biers *bequem* zahlen kann: soll man dem Manne ohne Noth wehe thun? — Ich antworte, *ohne Noth* wahrlich nicht! aber nun brauche ich als Gläubiger mein Geld auf der Stelle, weil sonst ich, der ich kein Sommerbier zum Ver-

kauf habe, eine Forderung nicht zahlen kann, an deren Zahlung mir ehrenhalber oder wegen meines Kredits gelegen ist, oder weil ich selbst sonst exequirt, ausgepfändet werde, oder weil ich eben mit dem Gelde eine vortheilhafte Speculation machen kann. — Wer verdient den *Vorzug*, der *Gläubiger* oder der *Schuldner*? Wer schuldig ist, muß zahlen, muß zur *rechten* Zeit zahlen: dieses ist der Ausspruch des *Civilrechts*, der Ausspruch aller *Civilgesetzbücher* — was hilft er aber, wenn die *Gerichtsordnung* die sonderbare *Limitation* beisetzt, soferne es vom Schuldner *bequem und ohne allen Schaden* geschehen kann? Selbst wenn der Schuldner ein einzelnes Grundstück verkaufen muß, wer kann in solche Umstände hineingehen? Mancher wird oft reicher, wenn er zum Verkaufe eines überflüssigen oder kostspieligen Grundstücks gezwungen wird, dessen Verkauf er sich oft aus blosser Einbildung widersetzt! Es ist demnach *Hauptgesichtspunkt*:

dem Gläubiger muß unverzüglich durch die promptesten Mittel zu seiner Zahlung verholfen werden.

II. *Das Gesetz muß alle Wege zur Chicanerie und zu Aufzüglichkeiten dem Schuldner abschneiden.* — Dieses ist das zweite Haupt-

erfordernißs, zwar nicht eigentlich der Exekutionsordnung allein angehörend, sondern vielmehr ein Erforderniß der ganzen Prozeßlegislation; aber doch bei Verbesserung der Exekutionsordnung ein Haupterforderniß, weil gerade diese Blöse oben erwiesenermassen als Quelle des Uebels anzusehen ist. Alle Fristen, alle Nachsicht, welche die Schonung des Schuldners fordert, soll ihm das *Gesetz* und nach dem Gesetze der *Richter* bewilligen, aber nichts soll er der *Chicane* verdanken, keine Frist soll er durch *Advokatenkünste* und Gerichtstaxen erkaufen können!

III. *Das Exekutionsverfahren muß kurz seyn*; alle Bestimmungen des Civilprozesses, welche auf Abkürzung des Verfahrens abzielen, müssen im eminenten Grade das Verfahren in der Exekution auszeichnen. Kurze und kraft des Gesetzes peremptorische Termine, namentlich eine Abkürzung des Appellationstermins; — und eine Beschränkung der Appellationsfreiheit, dann die Verbindlichkeit, alle Einreden und Vertheidigungsmittel auf einmal vorzutragen u. d. gehören in diese Classe.

IV. *Die Exekution darf in ihrem Gange nicht weiter, als es absolut nothwendig ist,*

aufgehalten werden. Nicht nur muß das Respektivliquide sogleich exequirt werden, wenn auch ein anderer Theil der Forderung noch zweifelhaft ist, sondern es können auch Einreden, welche nicht alsogleich liquid sind, Interventionen, Kautionsforderungen u. d. die Exekution niemals sistiren. Das Gericht behalte das Geld in Deposito, bis Kaution gestellt ist, aber die Exekution muß um so mehr fortgehen, als ja selbst die gerichtliche Deposition eine Art von Kaution ausmacht.

V. *Was mit dem Rechte des Gläubigers bestehen kann, soll zur Schonung des Schuldners geschehen.* Dahin zielen ab 1) die Bestimmungen rücksichtlich der Exekutionsobjecte nach der Gradation ihrer Entbehrlichkeit für den Schuldner: 2) die Bewilligung einer kurzen Nachsicht zur Zahlung auf einige Monate, wenn der Schuldner durch glaubhafte Umstände nachweist, daß er in einiger Zeit auf eine, seinem Hauswesen nicht nachtheilige Art den Gläubiger befriedigen kann, soferne der Gläubiger nicht durch Umstände glaubhaft nachweist, daß ihm durch verzögerte Zahlung ein Schaden zugehe, oder soferne nicht eine Wechselschuld (oder wenn die Gesetze andere Forderungen gleich dieser privilegiren) zu bezahlen

len ist; 3) unter eben diesen Voraussetzungen die Eintheilung in Fristzahlungen auf zwei bis fünf Jahre; 4) Termin zum Selbstverkaufe wichtiger Realitäten; 5) ein Moratorium.

Dieses sind die Hauptgesichtspunkte, nach welchen eine Exekutionsordnung verfaßt seyn muß, wenn sie ihrem Zwecke entsprechen soll, dieses die Gesichtspunkte, welche mich in diesem Kapitel geleitet haben.

Nach der bisher bei allen Kapiteln eingehaltenen Methode zerfällt auch dieses Kapitel in zwei fast gleiche Theile, vom §. 1 — 11. behandle ich die Gegenstände, welche das Rechtsverhältniß bei Exekutionen überhaupt angehen, von §. 12 — 20. dasjenige, was das Exekutionsverfahren betrifft.

Die Frage, wenn die Exekution eintreten könne, ist bei weitem nicht vollständig beantwortet, wenn man nur sagt, ein rechtskräftiges Urtheil werde exequirt, denn es giebt auch Fälle, und zwar bedeutende, z. B. im Wechselprozeß, wo die Appellation keine Suspensivkraft hat; also muß auch dieser Fall ausgedrückt werden, und ich rechne es zu den Folgen gewöhnlicher menschlicher Tadelsucht, wenn man gegen diesen Beisatz eine Erinnerung

rung aus dem sonderbaren Grunde macht, weil manche Gesetzbücher die Fälle, wo die Suspensivkraft hinwegfällt, nicht deutlich genug angeben. Dieses ist im Entwurfe bestimmt, und überhaupt kein Grund gegen jene Bestimmung an sich, sondern nur ein Motiv, die Fälle genau anzugeben, in welchen die Appellation keine Suspensivkraft hat. Annebst war es nothwendig, die Verordnung, die Exekution des Liquidi solle durch das noch nicht Liquide keineswegs aufgehalten werden, so darzustellen, daß sie rechtlich ist, und ihren Zweck erreicht, indem sonst wenige Richter und Partheien wissen, wie sie es damit anzufangen haben. Es kommen zwei Sätze in Berührung, der bekannte Satz: *liquidi cum illiquido nulla est compensatio* würde falsch angewendet, wenn man, im Fall der Beklagte etwas zugestehet, aber die Forderung mit einer illiquiden Einrede anführt, oder an der Einnahme bestrittene Ausgabeposten abrechnet, dem Kläger die Trennung des Zugeständnisses von der Einwendung oder Aufrechnung erlauben, und sich das erste als respektives Liquidum denken wollte, das sogleich zur Exekution gebracht werden dürfte. Nur dasjenige ist respektiv Liquid, worüber kein Streit mehr ist. Aber dieses respektive Liquidum muß in jeder Prozessart, auch

im ordentlichen Prozesse, gesondert und zur Exekution sogleich während des Streits gebracht werden können, denn es ist baares Unrecht, und wirklich die Quelle vieler Prozesse, wenn der Beklagte offenbar ungerechtes Gut solange besitzen und gleichsam den Prozeß aus dem Vermögen des Klägers führen darf, bis entschieden ist, ob er nicht noch mehr ungerecht besitze. Ich setze den Fall, ein Legatar klagt gegen den Erben; dieser kann das Legat nicht anfechten, aber er fordert den Abzug der falsidischen Quarte, und darüber entsteht ein Prozeß. Ist nicht der Erbe dem Legatar offenbar drei Viertheile des Legates schuldig, und kann er diese ihm vorenthalten, weil über das letzte Viertel ein Streit entstand? Dergleichen Fälle giebt es nach hunderten im täglichen Leben, und viele Prozesse werden mit soviel Chicane gerade *deswegen* hingehalten, um sich der Erfüllung liquider Verbindlichkeiten unter dem Vorwand eines noch nebenher streitigen Anspruchs zu entziehen, und auf diese Art, wie man zu sagen pflegt, seinen Gegner *mürbe* zu machen. Hier war eine Nachhülfe nothwendig, damit Richter und Partheien wissen, wie sie jenem widerrechtlichen Bestreben begegnen sollen, und ich glaube, sie hier auf eine wohlthätige Art geliefert zu haben.

§. 2. Von dem Exekutions - Gerichte und der Exekution auf Requisition.

Das Exekutionsgesuch (Num. 1.) muß bei dem bisherigen Richter erster Instanz angebracht werden, dies folgt 1) aus der Litispendenz, 2) daraus, weil nur dieser Richter durch genaue Kenntniß der Akten überzeugt seyn kann, daß der Exekution nichts im Wege steht. Daher habe ich schon beim Buch III. Kap. VI. §. 1. vor einem andern Gerichte aus einem Urtheil nur eine Exekutivklage erlaubt, weil es absolut nothwendig ist, daß ein anderer Richter vorher über dasjenige, was ihm die Akten nicht sagen, den Beklagten hört. Ein anderes Verhältniß tritt ein, wenn der zuständige Richter das Gericht, unter welchem die Exekutionsobjekte liegen, um die Exekution (N. 2.) requirirt, denn hier ist es eigentlich der *Requirit*, welcher durch das *Judicium requisitum* exequirt, und dieses Gericht ist bloß das Werkzeug des kompetenten Gerichts auf dessen Gesuch die Exekution vollbracht wird. Alle *inländische* Gerichte sind verbunden, dieser Requisition (N. 3.) zu entsprechen. Ueber die Exekution ausländischer Erkenntnisse (N. 4.) habe ich auf Staatsverträge, Verordnungen und Observanz gegen benachbarte Staa-

ten verwiesen, weil dieser Gegenstand *politischer* Natur ist, und von vielen oft vorübergehenden Konstellationen abhängt, also bald so, bald anders, selbst verschieden gegen verschiedene Staaten behandelt wird. Endlich mußte (N. 5.) kraft des Grundsatzes von *Litispizienz*, welche durch die Requisition eines andern Richters nicht aufgehoben wird, bestimmt werden, daß der *Judex requisitus* gar keine Kognition, weder über die Statthaftigkeit der Exekution an sich, noch *circa modum exequendi*, sich zueignen kann, sondern die Exekution *ad literam* des Requisitionsschreibens vornehmen muß.

§. 3.

Wann gegen einen Dritten die Exekution zu verhängen ist.

Wann gegen einen Dritten die Exekution statt finde, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts (N. 1. u. 2.) und nach dem bestimmt, was über die Wirkungen eines rechtskräftigen Erkenntnisses gegen den Dritten oben verordnet wurde.

§. 4.

Wie die Exekution verhängt werden soll.

Nun kommt die Reihe an die *Exekutionsarten*. Will man sie in eine Uebersicht nach

dem Zwecke bringen, so gilt es bei der Exekution entweder I. einem *Faktum*, welches entweder 1) unterlassen oder 2) geleistet werden soll: oder II. einer *Sache* in specie, die entweder 1) beweglich oder 2) unbeweglich oder 3) ein dingliches Recht an einer fremden Sache seyn kann: oder III. einer Geldschuld. Nach Verschiedenheit der *Gegenstände* nimmt auch die Exekutionsart eine verschiedene Richtung an, und zwar 1) kommt, wenn eine Handlung zu unterlassen ist, die Exekution bei Konventionen vor, welchen durch *Strafverbote* (N. 1.) begegnet wird; ist 2) eine Arbeit zu fertigen, so werden (N. 2.) *Strafgebote* erlassen, und am Ende, wenn sie fruchtlos blieben, die Mittel zur Erfüllung durch einen Dritten oder die Exekutionsmittel auf Entschädigung wie bei Geldschulden angewendet. 3) Ist dem obsiegenden Theile eine bestimmte bewegliche Sache auszuliefern, so wird in dieselbe (N. 3.) die Exekution vollbracht, eben dieses geschieht 4) bei der Auslieferung (N. 4.) unbeweglicher Güter, und (N. 5.) in gewisser Art, 5) bei dinglichen Rechten an fremdem Eigenthum. 6) Bei Geldschulden kommen sovieler Bestimmungen vor, daß deren Absonderung in die folgenden §. 5 — 9. nothwendig war.

§. 5.

Insonderheit bei Geldschulden.

Zuerst habe ich die *Einlegung eines Exequenten bei Geldschulden* ganz aufgehoben; sie gehört zu den Ruinen des Mittelalters, und darf in einem Gesetzbuch unsers Jahrhunderts nicht mehr erscheinen. Zahlt der Schuldner aus *Trotz* nicht, so beugt und beschämt ihn die Aupfändung oder die Immission mehr, als die Exekutionsgebühren, die der Reiche als Preis für Fortsetzung seines Trotzes gerne hingiebt; zahlt der Schuldner aus *Geldmangel* nicht, so versetzt ihn der Exequent in noch größere Zahlungsunvermögenheit. In aller Rücksicht ist also diese Exekutionsart unzweckmässig. Dafür habe ich unter N. 1. eine Exekutionsart hervorgehoben, welche dem Kredit und den Schuldnern selbst gleich vortheilhaft, den Rechtsgrundsätzen gemäß und in einem, auf ein richtiges Hypothekensystem basirten Gesetzbuche unentbehrlich ist — die *Immission*, deren bisheriger Vernachlässigung ich viele Konkurse und den darin vorgekommenen oft enormen Verlust der Gläubiger zuschreibe. — Bisher hat man nämlich, besonders bei Exekutionen gegen Bürger und Bauern ganz darauf vergessen, daß der Hypothekargläubiger, um seine Zahlung zu erhalten,

schon kraft eines römischen Interdikts die Immission in das verhypothezirte Gut fordern könne. Sobald der Schuldner an der Substanz angegriffen und keine Immission erfolgt war, war er wenigstens auf lange Zeit geborgen. Durch alle Mittel der Chicane suchte ihn sein Advokat *im Besitze* zu erhalten, also die Exekution zu hindern, welche in die Substanz begreiflicherweise mehr Hindernisse findete; denn blieb der Schuldner im Besitze und Genusse seiner Güter, so konnte er den Advokaten und die Gerichtstaxen bezahlen, und die Kreditoren mußten gleichsam das Geld hergeben, damit sie um ihre gerechten Forderungen gebracht wurden. Der Schuldner, gestört in seinem Hauswesen durch Prozesse und Sollizitaturen, unfähig zur Erholung aus Mangel an Kredit, und seiner Einnahme bedürftig um den Advokaten und die Gerichtstaxen zu bezahlen, sank täglich tiefer herab, zahlte keine Interessen, vernachlässigte sein Anwesen und Gewerbe, und war nach 3 bis 4 durchchicanirten Jahren ohne Rettung und so verlohren, daß die mürbgemachten Kreditoren am Ende auch nichts bekamen. Wie wäre dabei auch an Rettung eines Schuldners zu denken. Die Provision eines Wucherers ist wohlfeil gegen die Kosten, womit sich der Schuldner auf dem Wege der

Chicane Fristen bei Gericht erkauft! Wieviel anders wird es, wenn das Gesetz mit der Immission Ernst macht! Da wird der Schuldner extra Statum nocendi gesetzt, er bekommt nicht mehr, als er zum Lebensunterhalt braucht, er spart alle Advokaten- und Gerichtsgebühren, denn bei einem exmittirten und debanquirten Schuldner, an dem nichts mehr zu verdienen ist, verschwendet kein Advokat seine rabulistischen Künste, die Zinnsen und Abgaben, die sonst der Advokat einstreifte, werden an die Gläubiger und an die Herrschaft bezahlt, und nur so wird der Schuldner gerettet vom Verfall, wenn anders noch Rettung möglich ist. Wer glaubt, eine strenge Exekutionsordnung vermehre die Konkurse, der kennt weder die Welt, noch den Einfluß der Legislation. Gerade im Gegentheil, eine schläfrige Exekutionsordnung führt die Menschen in Tummel und Unordnung solange herum, bis sie rettungslos in den Abgrund stürzen; sie wird zwar den, der ohnehin nicht mehr zu retten ist, früher entlarven, ehe er auch seine Creditoren um das ihrige bringt, aber wer noch zu retten ist, den kann nur eine strenge aber im Ganzen wohl berechnete Exekutionsordnung retten. Also die *Immission* muß auf der Stelle eintreten, auch wenn der Schuldner zum

Selbstverkaufe der Substanz einen Termin erhält, und der Wahn, als könne jener Termin die Immission hindern, hat bisher unendlich viel geschadet. Doch fängt die Exekution nur bei den mit einem dinglichen Rechte versehenen Gläubigern mit der Immission an, aber bei diesen so vorzugsweise, daß sie auf Auspfändung sich gar nicht einzulassen brauchen, und auf diese Art bleibt den Personalgläubigern doch auch noch ein besonderes Objekt der Exekution und des Personalkredits übrig, den wir im Verkehre sowenig, als den Realkredit entbehren können.

Dann folgt für die übrigen Gläubiger die Gradation, daß zuerst die Mobilien, dann die Immobilien und hernach die Aktivschulden angegriffen werden sollen. Diese Gradation haben schon alle Gesetzbücher angenommen, und ich bemerke nur, daß die Aktivschulden keineswegs zum Besten des Schuldners, sondern zum Vortheil des Gläubigers an den letzten Platz gestellt wurden, einestheils weil Niemand schuldig ist, sich an einen andern Schuldner verweisen zu lassen, anderntheils weil solche Aktive mit dem andern Schuldner erst ausgetritten werden müssen, und auch da wieder kein Ende wäre, wenn man sich zur Exeku-

tion an dessen Aktivforderungen müßte verweisen lassen. Staatspapiere oder ähnliche Forderungen können jedoch als bewegliche Sachen, deren Werth der Kurs bestimmt, gleich den Mobilien als Mittel zur Vollstreckung angegriffen werden.

Die Mobilien werden dem Schuldner durch Auspfändung abgenommen. Von einem Reluktationsrechte sagte ich absichtlich nichts, denn der Schuldner hat dieses auf indirektem Wege, weil Mobilien erst nach öffentlicher Bekanntmachung gerichtlich versteigert werden, bis dahin kann er durch Bezahlung die Versteigerung vereiteln.

Daß ich Schonung durch das Gesetz eintreten lasse, wo sie ohne Rechtsverletzung möglich ist, beweiset der Num. 4. Die Früchte gehören zu den Mobilien; kann also die zu exequirende Schuld aus den Früchten in zwei Jahren bezahlt werden, so findet kein Verkauf des Gutes statt; aber ich habe, um diese Bestimmung mit dem Rechte ins Gleichgewicht zu setzen, gefordert, daß damit eine Immission oder Sequestration verbunden, und der Gläubiger über die gewisse Zahlung sicher gestellt werde. Der übrige Inhalt dieses §. ist sich selbst gerechtfertiget.

§. 6.

Von Sachen, worin die Exekution, wegen Geldschulden nicht statt findet.

Ueber Sachen, worin die Exekution wegen Geldschulden nicht geschehen soll, folgte ich dem Vorbilde anderer bewährten Gesetze. Dafs dem Schuldner ausser dem Konkurse besonders bei Sequestrationen sein Unterhalt zu belassen ist, versteht sich zwar von selbst, ich glaubte aber, es sey darüber eine ausdrückliche Bestimmung nothwendig.

§. 7.

Von der Immission und Sequestration.

Die Bestimmungen über Immissionen und Sequestrationen bedürfen ausser dem, was oben Buch III. Kap. IX. §. 28. u. 29. angeführt wurde, keiner weitem Rechtfertigung.

§. 8.

Termin zum Selbstverkaufe.

Den Termin zum Selbstverkaufe habe ich auf 3 Monate festgesetzt, einestheils weil der Schuldner bei dem öffentlichen Verkaufe eine grössere Konkurrenz der Käufer hoffen darf, anderntheils weil er ohnehin noch einen längern Zeitraum von der öffentlichen Bekanntmachung an bis zur Versteigerung für sich hat.

Nur mußte ich etwas dem folgenden §. 9. beisetzen, um manchen Gerichten einen herrschenden höchst sonderbaren Wahn zu benehmen. Viele glauben nämlich, ein Schuldner habe nach Verlauf des Termins zum Selbstverkauf das *Recht* desselben schon *peremptorisch* verlohren, er habe die Rechtskraft gegen sich, und es *müsse* zur Versteigerung kommen. Sonderbarer könnte man nicht träumen! *Worauf* haben denn die Gläubiger ein Recht? — doch wohl nur auf *Bezahlung*! nur dazu ist die Exekution, und in derselben die Versteigerung ein Mittel. — Werden sie durch den Selbstverkauf bezahlt, so fällt alles Widerspruchsrecht hinweg, und ich möchte in aller Welt sehen, woher eine Rechtskraft ohne einen rechtmässigen Widersacher kommen soll, denn ein *bezahlter Gläubiger* ist doch wohl kein legitimus Contradictor mehr: und es ist doch wohl gleichgültig, ob er durch Selbstverkauf oder durch Versteigerung bezahlt wird? Diesen Wahn habe ich im folgenden §. 9. beseitiget, und mußte es hier bemerken, weil diese Bestimmung mit der Abkürzung jenes Termins in Verbindung steht.

ind. §. 9. wie ich oben an-
gebe. *Von der öffentlichen Versteigerung.*

Nun folgen die Bestimmungen über die Versteigerung selbst.

Ob es vortheilhafter ist, mehrere oder wenige Lizitationstage gleich im Anfang auszu-schreiben, ist problematisch. Von drei Lizita-tionstagen konnte man vielleicht hoffen, sie würden mehrere Käufer herbeiführen. Ich zweifle! Viele Kauflustige werden von dem ersten Lizitationstage hinwegbleiben, denn es wird ja doch nur ohne Hinschlag geboten; und manche werden, weil sie bei dem ersten nicht waren, auch lieber in den folgenden nicht er-scheinen: und wozu der Vorzug, wozu die Kosten, wenn man am *ersten* Lizitationstage einen *anständigen* Käufer findet? Nur dann, wenn das Gut nicht um den Schätzungspreis anzubringen ist, erlaube ich eine zweite, auch dritte Lizitation, aber in dieser muß, wenn kein anderes Exekutionsmittel da ist, und der Gläubiger die Sache um den Schätzungspreis (wozu er nicht verbunden werden kann) nicht annehmen will, mit dem Hinschlag an den Meistbietenden auch unter dem Schätzungsprei-se fortgefahen werden; jedoch habe ich dem Schuldner bei einer merklichen Differenz die

Beibringung eines bessern Käufers oder die Re-
lution innerhalb Monatsfrist zugestanden.
Scheint der Termin zu kurz, so kann man 2
oder 3 Monate dafür setzen, nur besorge ich,
daß einestheils die Gläubiger spät bezahlt, und
manche Kaufslustige sich deswegen vom Kau-
fe zurückziehen werden.

§. 10.

Exekutionskosten.

Die Exekutionskosten fallen dem Schuld-
ner zur Last, da er sie veranlaßt.

§. 11.

Vollstreckung bei Lehengütern.

Die Exekution bei Lehen fordert Vorwis-
sen und Mitwirkung des obersten Lehenhofes,
diese mußte also allgemein, doch so vorbehal-
ten werden, daß der Lehenhof durch längeres
Stillschweigen die Vollstreckung nicht lange
aufhalten kann.

§. 12.

*Verfahren in der Exekution.*1) *Allgemeine Bestimmung.*

Nun komme ich zum Verfahren in der
Exekution, wofür ich einige allgemeine Sätze
vorausschicken mußte, und zwar 1) wie die

Liquidation der noch unbestimmten Forderungen geschehen soll, ein noch immer möglicher Fall, soviel ich auch bemüht war, ihn zu beseitigen. Die Liquidation ist ein, seiner Natur nach von der Exekution verschiedenes Geschäft, also in jener Prozessart zu pflegen, wozu der Gegenstand an sich qualifizirt ist. 2) Dafs in der Exekution summarisch verfahren werde, ist ein anerkannter Satz. 3) Den dritten Satz nöthigte mir der Wahn, in welchem viele Gerichte und Advokaten stehen, als beginne mit der Exekution ein neuer Prozess, in welchem erst über den Gegenstand der Vollstreckung nach ordentlichen Verhandlungen entschieden werden mufs, ehe die Exekution wirklich verhängt wird. Wo solche Vorstellungen eingewurzelt sind, mufs man durch eine an sich überflüssige Bestimmung das Vorurtheil ausrotten.

§. 13.

2) *Ansuchen um Exekution.*

Das Ansuchen um Exekution hatte in vielen Gesetzbüchern den Anlaß zu einer sonderbaren Verzögerung der Exekutionen. Der Gläubiger war nicht verbunden, die Exekutionsart mit dem Gesuche anzugeben, und der Richter nicht angewiesen, gleich mit dem ersten Partitions-

tions-

tionsmandate die bei Nichtbefolgung eintretende Exekutionsart anzudrohen. In allgemeinen Ausdrücken bekam der Schuldner den Auftrag, in vier Wochen zu zahlen sub comminatione realis executionis, worin diese bestehe, das kam erst bei der zweiten oder dritten Androhung zur Sprache. Wozu dieser Verzug? Der Sieger soll *sogleich* mit dem Exekutionsgesuche den Vorschlag einer gesetzmässigen Exekutionsart verbinden, und der Richter die Androhung derselben dem Paritionsbefehle anhängen.

§. 14.

3) *Richterliche Verfügung auf das Gesuch.*

Auch darin liegt bei vielen Gesetzen ein Mangel, daß der Exekutionsbefehl nicht nach der zum §. 4. bemerkten Klassifikation abgemessen hatte. Gewiß braucht der Beklagte nicht 6 Wochen, um eine bewegliche Sache, die er in Händen hat, auszuhändigen, oder den Besitz eines unbeweglichen Gutes zu räumen. Hiernach habe ich die Termine und Verfügungen auf das Exekutionsgesuch abgemessen. Viele Gerichte glauben, es sey räthlicher, den Paritionstermin gleich *im Urtheil* ansetzen zu lassen. Allein davon hielt mich schon der Mißverstand zurück, daß dann ein Termin schlechthin *fruchtlos* im Urtheil vorkommt.

Der Unterrichter spricht, in vierzehn Tagen soll bezahlt werden; der Beklagte appellirt, und es wird in 14 Tagen doch weder bezahlt noch exequirt! dazu kommt, daß die Termine zur Parition von den Umständen der Partheien abhängen, von welchen nur der Unterrichter Kenntniß hat, woran also die Obergerichte leicht Mißgriffe machen könnten, und dann sollen die Obergerichte nur die *Hauptsache* wohl aburtheilen, ob es vier Wochen früher oder später (und mehr trägt es nicht aus :) zur Exekution kommt, dieses ist ziemlich gleichgültig.

§. 15.

4) *Fristgesuch, Contumacialfolgen.*

Da alle Termine ipso jure pereintorisch sind, so tritt dieses a potiori bei der Exekution ein. Auch kann der Termin zu dem Zwecke, um Exceptionen beizubringen, auf keine Art und aus keinem Grunde verlängert werden. Daß ich dem Schuldner, der eine Arbeit verrichten oder eine Geldschuld bezahlen soll, auf sein Erbieten zur Parition einen Termin von 14 Tagen bis 6 Wochen, wenn er ihn aus wahrscheinlichen Gründen verlangt, und für den Gläubiger keine Gefahr ist, vom Richter ertheilen lasse, ist vielleicht Manchem auf-

fallend. Allein ein reger Blick in das Leben wird die Anstände bald heben. Da soll z. B. ein Mahler einige Zimmer mahlen; er hat aber eben in diesem Monat eine groſse angefangene Arbeit zu vollenden, und erbiethet sich, nachher sogleich die schuldige Arbeit zu verrichten. So kann es mit allen Professionisten seyn! Möchte ein Gericht bei Ertheilung dieses Termins *ad parendum sententiae* Bedenken haben? — Ein Bauer soll 14 Tage vor der Erndte, ein Kaufmann vierzehn Tage vor der Messe, ein anderer vier Wochen vor dem Verfall einer einzufordernden Frist zahlen. Der Mann will nicht chicaniren, er gibt aus *wahrscheinlichen* Gründen an, warum er nicht jetzt, warum er aber in 4 Wochen gewiß zahlen kann. Soll ihm diese Frist nicht bewilligt werden? Will man ihn zwingen, daß er durch Chicanen, durch eine vom Zaune abgerissene Einrede sich jenen Termin erschleiche? Es ist doch unglaublich, wie wenig legislativer Geist in der Welt wehet!

§. 16.

5) *Einreden des Impetraten.*

Bisher konnte der Exequendus erst über die Frage, ob eine Exekution statt finde, den

Streit durchfechten, dann den Streit über die Exekutionsart neu anfangen und in drei Instanzen durcharbeiten, dann erst fieng der Termin zum Selbstverkaufe an, endlich kam ein Gesuch um ein Moratorium! Mir both der ordentliche Prozeß ein Prinzip zur Abschneidung aller dieser Chicanen an. Dort muß der Beklagte *alle seine Einreden aufeinmal* vorbringen, um so mehr also bei der Exekution. Diesen Satz habe ich durchgeführt.

§. 17.

6) *Sicherheitsleistung bei der Exekution.*

Die Kautionsleistung bedurfte gleichfalls einer Nachhülfe, denn auch sie war ein Schlupfwinkel für morose Schuldner. Mag auch der Exequendus Kautionsleistung fordern dürfen, warum soll das die Exekution aufhalten? Bis er Sicherheit hat, muß freilich die Sache in Gerichtshänden bleiben, denn auch dieses ist Sicherheit, aber abgenommen muß die Sache dem Exequendus werden, und die Exekution muß ihren Gang behalten.

§. 18.

7) *Verfahren nach eingekommenen Einreden.*

Die richterliche Verfügung auf die Einreden habe ich so vorgezeichnet, wie es

die genau analisirten verschiedenen Fälle fordern.

§. 19.

8) Rechtsmittel gegen dieses Erkenntnifs.

Dafs ich gegen die Urtheile im Exekutionsverfahren nur *eine* Appellation zulasse, beruhet darin, weil der Gegenstand an sich viel zu wenig verwickelt ist, als dafs er eine dreimalige Kognition forderte, und weil es zu bedenklich ist, der Chicane ein neues Feld zu öffnen. Die Suspensivkraft konnte ich der Appellation nicht zugestehen, eine Sache, die einmal in dem Gange der wirklichen Vollstreckung ist, darf nicht im Laufe gehemmt werden. Ohnehin tritt dann die Sicherheitsleistung bis zur Entscheidung in zweiter Instanz oder die gerichtliche Verwahrung statt jener ein, also hat der Fortgang der Exekution für den Schuldner keine Gefahr eines Verlustes in sich *).

§. 20.

9) Wirkliche Vollstreckung.

Den Schluss macht eine Hinweisung auf die Art, die Exekution zu vollbringen. Dafs

*) Im Texte ist bei N.4. das Wort „bis“ zur Entscheidung etc. einzuschalten.

ich von der Intervention und ihren Wirkungen bei der Exekution hier nichts anführte, kommt von daher, weil dieser Gegenstand schon im Buch I. Kap. III. §. 7. u. ff. seine Bestimmung durch allgemeine Vorschriften erhalten hat.

Z u g a b e.

Ueber die Einführung öffentlicher Verhandlungen bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in deutschen Gerichten.

In neuerer Zeit wird das öffentliche Verfahren in Civilrechtssachen wieder zur Sprache gebracht, und als das vollkommenste Institut in Civil- wie in Criminalsachen angepriesen. Die Stimmen dafür mehren sich, seitdem die deutschen Provinzen jenseits des Rheins von Frankreich wieder losgerissen und Theile deutscher Staaten worden sind. Ob Vorliebe für ein neu gewöhntes in der Ferne blendendes Institut, ob ein Streben, etwas Eigenes vor den übrigen Provinzen Deutschlands voraus zu haben, ob andere Rücksichten jene Stimmen lauter werden ließen, thut hier nichts zur Sache. Ich

will wenigstens den Entwurf eines neuen Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen nicht beschließen, ohne meine Ansichten über jenen viel besprochenen Gegenstand darzulegen, und mich darüber zu rechtfertigen, warum ich jenes öffentliche Verfahren nicht vorgeschlagen habe. In meinem *Archive für die Gesetzgebung* *) habe ich schon vor acht Jahren dagegen mich erklärt, und ich finde mich bewogen, jenen Aufsatz aus dem Archive hier wörtlich aufzunehmen, und ihn mit einigen nachträglichen Bemerkungen zu begleiten.

Vor allem muß der Irrthum vieler Menschen berichtigt werden, welche glauben, der Prozeß werde in Frankreich bloß mündlich geführt, öffentlich instruirt, und sogleich entschieden. Dieses ist, die Friedensgerichte ausgenommen, ganz falsch. Die Klage wird gewöhnlich schriftlich übergeben, und mit den Beweisstücken in Abschrift dem Beklagten (*Code de procédure civile* Art. 61. und 65.) mitgetheilt; hierauf theilt vorher der Beklagte seine Einrede dem Kläger (Art. 75 — 77.) und dieser sei-

*) Archiv für die Gesetzgebung Band II. (1809.)
Seite 519 — 536.

ne Antwort darauf dem Beklagten (Art. 78.) *schriftlich* mit. Dann erst wird die Sache zur *Audienz* gebracht, dort von den Partheien oder ihren Anwälten durch mündliche Zusammenstellung (*plaidoirie*) schlüssig verhandelt, und in der Regel sogleich (Art. 116.) das Urtheil gesprochen; doch ist für wichtige und verwickelte Fälle den Gerichten verstattet, die Sache zu einer besonderen Berathschlagung (*Delibéré*, Art. 93.) auszusetzen, bei welcher ein Richter förmlichen Vortrag erstattet, oder auch auf ein förmliches schriftliches Verfahren (*instruction par écrit* Art. 95.) zu erkennen, worüber dann ein besonders ernannter Referent Vortrag erstattet. Dafs also in Frankreich schriftliche Verhandlungen der Prozesse sogar als bei uns stattfinden, und dafs man das öffentliche Verfahren weder in Civil- noch in Criminalsachen (denn auch bei diesen gehet ein protokollarisch geführter Inquisitionsprozess, wie bei uns vorher) mit dem in Deutschland bekannten mündlichen Verfahren durch Rezessiren zu Protokoll verwechseln darf, leuchtet von selbst ein. Gewinn an Ersparung von Zeit und Kosten für die Partheien läfst sich demnach von jenem mündlichen Verfahren nicht erwarten. Dieses vorausgesetzt liefere ich nun jenen Aufsatz.

„Seitdem Frankreichs politisches Uebergewicht *) auf dem rechten Rheinufer bis zur *Weichsel* drang, geht auch in der Gesetz- und Gerichtsverfassung eine allgemeine Veränderung vor, deren politische Früchte wir im Augenblick der Aussaat zu berechnen nicht vermögen. Nach den Constitutionen, welche *Napoleon* dem Königreich *Westphalen* und dem Großherzogthum *Warschau* diktirte, muß das Verfahren in *bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten* öffentlich seyn. In *Westphalen* ist es schon zur Ausführung gebracht, und der Minister des Innern, als er den Reichsständen die Lage dieses neuen Königreichs am 7. Julius 1803. darstellte, machte darüber folgende merkwürdige Erklärung.“

„Alle Sachen werden zum *öffentlichen Verhöre* gebracht. Nichts ist natürlicher, nichts älter als diese Einrichtung. Die Partheien oder ihre Bevollmächtigte werden vernommen. Das Tribunal spricht. Der lebhafte feurige Widerspruch im Verhöre hilft schneller und lebendiger die Wahrheit erkennen. Die Richter spre-

*) Ich bitte, nicht zu vergessen, daß dieser Aufsatz im Jahre 1809. erschien. Seitdem hat sich dieses zum Heile der Welt glücklich verändert!

chen, ehe die empfangenen Eindrücke sich wieder verwischt haben. Das Publikum ist gegenwärtig, und unterhält und schärft die Aufmerksamkeit des Richters; es bewacht ihn, wer wollte vor den Augen so Vieler ungerecht sprechen? In einem öffentlichen Verhöre erhält auch die Justiz höhere Feiergestalt, als in einer verschlossenen Kammer. Diese auf hohem Sitze hervorragende Obrigkeit, diese mit Beredsamkeit, Feuer und Muth kämpfende Sachwalter, dieses theilnehmende Publikum, neugierig lauschend auf den Spruch der verständigen und ehrlichen Richter, ist wie eine religiöse Verehrung des Gesetzes, das bei verschlossener Thüre sie so nicht empfängt. Solche öffentliche Verhöre waren in diesen Ländern nicht mehr üblich. Warum nicht für *Westphalen* die Herstellung der so herrlichen Einrichtung versuchen? Wo haben Demosthenes, wo Cicero, die Meister der Beredsamkeit aufgeklärtere Bewunderer? Indefs die deutsche Literatur mit den Literaturen aller Nationen um den Vorzug buhlt, und ihre Dichter, Geschichtschreiber, Schriftsteller prüfet, wie sollte sie nicht auch Redner haben? Bemächtigen Sie sich des bisher fehlenden Ruhms der gerichtlichen Beredsamkeit. Sollte sie zuweilen ins Weitläufige gehen, immer ist sie kürzer, als die schriftliche Verhandlung. Eine Na-

904 Ueber die Einführ. öffentl. Verhandl.
tion, welche mehr denkt, und sich weniger
leicht bewegt, als die, bei welcher die Rede-
kunst in verjährter Uebung ist, wird den Miss-
bräuchen des mündlichen Vortrags leichter ent-
gehen, und nur seine Vorthelle genießen.“

”Mit grosser Gewandtheit nahm diese Ver-
änderung ein Ungenannter a) in Schutz, der
aber, den Gegenstand mehr als Cosmopolit,
dann als Rechtsgelehrter, betrachtend, selbst
in jener Eigenschaft Gründe vorträgt, die es
zweifelhaft machen können, ob es ihm mit
dem Ganzen Ernst war: wenigstens ist *der*
Grund, dafs durch die öffentliche Rechtspflege

„eine Menge von Müssiggängern besonders
in grossen Städten, seufzend unter dem
Drucke der trägen Zeit“

beschäftiget, zum Guten hingezogen und zu
bessern Menschen umgeschaffen werden kön-
nen, *der Grund ist so cosmopolitisch*, dafs ich
zweifle, ob er *ernstlich* gemeint sey.“

”Wer nur glaubte, es gelte dem *mündlichen*
Verfahren, im Gegensatze des *schriftlichen*, der

a) In den europäischen Annalen, Jahrgang 1808.
Stück X. S. 53 ff.

würde von der Sache sich eine unrichtige Vorstellung machen. *Mündliches* Verfahren war in Deutschland lange bekannt, und ist noch in jenen Fällen gebräuchlich, welche wegen ihrer Geringfügigkeit oder wegen Beschaffenheit der Partheien oder wegen der vorzunehmenden gerichtlichen Handlung ein schriftliches Verfahren nicht zulassen. Davon ist aber die Rede allenthalben nicht; sondern vielmehr soll die ganze Justizverwaltung *öffentlich* seyn, *öffentlich und mündlich* sollen die Verhandlungen geleitet *), *öffentlich* die Partheien vernommen, *öffentlich* ihre Gründe in ganzen Reden zusammengestellt, dann gleich in dieser, oder wenigstens in der nächstfolgenden Sitzung die Sache vom Gericht entschieden werden.

Diese *Publizität der Verhandlungen* ist eine wichtige Umgestaltung des bisherigen Verfahrens. Wenn seit Jahrhunderten in einem Lande, wie in Frankreich, diese Publizität

*) Dafs dieses nicht sey, dafs die schriftlichen Verhandlungen vorausgehen, und dafs in der Audienz, dem eigentlichen Sitze der öffentlichen Verhandlung, der Prozeß (nur mit Ausnahme der Friedensgerichte) nicht öffentlich instruiert werde, habe ich im Eingang bemerkt.

herrschte, da könnte es vielleicht Schaden bringen, wenn man der Nation jähling ein Schauspiel entzöge, woran sie nun einmal gewöhnt ist, obgleich der arbeitsame Bürger, den vielleicht die Neugierde in seinem ganzen Leben höchstens ein Paarmal in den Gerichtssaal führte, diesen Verlust nicht empfinden wird; aber diese Publizität da einführen, wo sie seit Jahrhunderten nicht war, das ist höchst weitausschend in seinen Folgen für die Justizverwaltung und für viele Private, deren Rechtssachen an das Tageslicht der Publizität gezogen werden sollen: das fordert Gründe, welche aus der *Natur bürgerlicher Rechtshändel* selbst hervorgehen. Die *Justizverwaltung* im Staate ist eine viel zu *wichtige* und viel zu *ernsthafte* Sache, als daß man an derselben für *Nebenzwecke*, als da sind, gerichtliche Beredsamkeit und Gemeingeist, *experimentiren* dürfte. Liegt nicht in der *Natur der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten* für ihre Publizität in der Verhandlung ein entscheidender Grund, welcher dem Gegensatz keinen Raum verstattet, so würden andere, oft täuschende, oft unzuverlässige — *Nebenzwecke* zu ihrer Einführung nicht hinreichen."

„Die *gerichtliche Beredsamkeit* soll durch diese Publizität wieder erweckt, die Zeit eines

Demosthenes, eines Cicero, wieder herbeigeführt werden! — durch die *gerichtliche* Beredsamkeit in *bürgerlichen* Rechtssachen? — Daran möchte ich vor der Hand zweifeln. Sie sind im Ganzen viel zu steril, als daß sie mit einem hohen Schwunge von Beredsamkeit zweckmässig behandelt werden könnten. Sie nehmen bloß den Verstand in Anspruch, und wer in Rechtsgeschäften Erfahrung sammelte, der wird aufrichtig gestehen, daß man viele Geistesanlagen besitzen und viele Mühe anwenden müsse, um Rechtssachen, selbst von einiger Auszeichnung, mit Geschmack und genießbar dem Nichtjuristen zu bearbeiten. Auch haben Demosthenes und Cicero, wie die auf uns gekommenen Denkmäler beweisen, nicht in *Civilstreitsachen*, sondern in *Staats-* und *Criminal*sachen ihr Rednertalent in seiner ganzen Grösse gezeigt, darin haben sie uns unsterbliche Muster der Beredsamkeit hinterlassen.”

„Der *Gemeingeist* soll durch die öffentlichen Gerichte wieder erweckt werden.“ — Ruhet er auf keiner andern Basis, dann wehe dem Gemeingeist! Er kann nur in *allgemeinen Angelegenheiten* Nahrung finden, nur diese erregen *andauernd allgemeine Theilnahme*, wie ihnen, abgesehen von der Form ihrer Behand-

lung, ein *allgemeines Interesse* einwohnt. Aber dieses treffen wir bei *Civilrechtsstreitigkeiten* nicht an. Sie treiben sich in dem engen Kreise des *Mein und Dein* zwischen den streitenden Theilen, welche einander den Streitgegenstand schenken, in jedem Momente des Streits sich vergleichen, bei einem ungerechten Ausspruche sich beruhigen können: welche sich oft unter fremden, unbekannten oder gleichgültigen Personen, oft über unbedeutende Sachen verhalten. Der Gemeingeist kann nur über *allgemeine Angelegenheiten* erwachen, und wo die wichtigsten Handlungen der Regierung verborgen bleiben, da ist jeder Versuch eitel, das Volk über den Differentismus durch Publizität der Civilprozesse zu erheben. Wie lange werden sie, ihrer Natur nach *Privatsache* der Partheien, die Aufmerksamkeit der Nation an sich ziehen? Was zu oft geschieht, was alltäglich wird, verliert die Macht des Eindrucks auf den großen Haufen, wenn nicht die Aufmerksamkeit aus der Wichtigkeit der Sache an sich immer neue Nahrung schöpft; die ersten Sitzungen werden besucht werden, weil *Reiz der Neuheit* die Menschen anzieht; aber ist dieser verschwunden, so verschwinden auch die Zuschauer, und müssen in dem Grade mehr und gewisser verschwinden, je frequenter solche Ge-

Ge-

Gerichtssitzungen sind *), und je natürlicher in den Bürgern der Gedanken erwacht, daß sie ihre Zeit zu ihrem Erwerbe nöthiger haben, als daß sie solche in den Gerichten verlieren, und sich am Gemeingeist laben könnten! Bald wird dann für die Gerichtssitzungen kein anderes Publikum übrig bleiben, als müßige Menschen und Kinder, welche in den Gerichtssälen *die Zeit tödten*, oder sich *amusiren*; ihre Frequenz, die in einem blühenden und verkehrreichen Staate nothwendig ist, wird bei einer bedächtlichen Nation das Besuchen der Gerichtssäle in einen *geschäftigen Müssiggang* ver-

*) Wer daran zweifeln möchte, den bitte ich nur die Zahl der bei vielen Stadtgerichten anhängigen Civilprozesse zu bedenken. Bei dem Stadt- und Wechselgerichte *München* waren im Jahre 1813 (RegierungsBlatt 1814. Seite 1274.) nicht weniger als 2928 Civil- und 1286 Wechselprozesse, also im Ganzen 4214 Prozesse anhängig. Könnten auch in einer Audienz 6 Rechtssachen abgethan werden, woran bei der Weitschweifigkeit der gewöhnlichen Redner noch billig zu zweifeln wäre, so wären nicht weniger als 702 Audienzen nothwendig. Wo nähmen ordentliche und erwerbsame Bürger die Zeit her, um Zuschauer oder Zuhörer bei so zahlreichen Audienzen zu seyn?

wandeln, und eben das Mittel, womit man der Justizverwaltung die höchste Ehrwürdigkeit geben, und sie zu einer „*religiösen Verehrung des Gesetzes*“ erheben will, wird bald seinem Zwecke gerade entgegen arbeiten. Ueberhaupt kann der Gemeingeist nicht durch Fragmente genährt werden, nicht durch heterogene Nahrungsmittel; was nicht seiner Natur nach allgemeine Angelegenheit ist, scheint auch unter den Nahrungsstoffen für den Gemeingeist keine Stelle einzunehmen.

„Die *erhöhte Feierlichkeit* der Justiz, wenn sie im öffentlichen Verhöre verwaltet wird, soll sie in eine *religiöse Verehrung des Gesetzes* umschaffen.“ — Dies hat allerdings einigen Schein, wenn man sich „die auf einem erhabenen Sitze hervorragende Obrigkeit, die mit Beredsamkeit, Feuer und Muth kämpfenden Sachwalter, ein theilnehmendes Publikum, neugierig lauschend auf den Spruch verständiger ehrlicher Richter“ vorstellt. — Aber die Sache hat leider eine Kehrseite! Wenn die Richter auf ihrem erhabenen Sitze, von der Langenweile oder vom Mißmuth über die Schwäzereien der Anwälte geplagt, eine traurige Figur spielen: wenn die Anwälte nach ihren verschiedenen Talenten durch manches Unglück, das dem

Redner überhaupt, und *solchen* Rednern vorzüglich leicht aufstößt — denn die Demosthene und Cicerone werden unter den *Advokaten* sehr selten bleiben, welche das Ding *de pane lucrando* treiben — dem Publikum zum Gelächter da stehen: wenn das Publikum selbst übel ausgewählt ist, und die ab- und zugehende Volksmenge — denn wie wenige werden Zeit und Gedult haben, die ganze Aktion abzuwarten — durch Geräusche und andere Unordnung die nöthige Ruhe und Stille stöhrt — da schwindet bald die religiöse Verehrung, das Heilige wird entweiht, und sinkt, weil es *öffentlich entweiht* wird, in der öffentlichen Meinung in dem Grade tiefer herab, wie man es durch religiöse Verehrung in der öffentlichen Meinung empor heben wollte.

„Sollte aber nicht die öffentliche Verhandlung dem Richter die *Erkennung der Wahrheit* erleichtern? Hilft nicht der lebhaft feurige Widerspruch im Verhör schneller und lebendiger die Wahrheit erkennen, besonders wenn der Richter spricht, ehe die so empfangenen Eindrücke sich wieder verwischt haben?“ — Wer Menschen kennt, und Menschenkräfte abmessen kann, wird diese Frage nicht bejahen. Bisher haben wir der *Themis* als Bild der Ge-

21
1,1
rectigkeit die *Augen* verbunden, damit sie nicht durch *Blicke* auf die *Person* in ihrem Urtheile bestimmt werde, künftighin werden wir ihre *Ohren* verstopfen müssen, damit nicht *Rednerkünste* sie auf Abwege leiten! — Ein Urtheil in einer Justizsache muß das Produkt der kalten Ueberlegung, der trockenen Subsumtion des Factums unter das Gesetz seyn; den Richter darf nichts bestimmen, als die nackte Wahrheit, entkleidet von allem falschen Schmucke, womit schlaue Anwälte die Blöse ihrer Sache zu decken sich bemühen: und nun will man ihn allen Gefahren der Ueberredung, der unwiderstehlichen Kraft einer Ciceronischen Beredsamkeit aussetzen: will in den Bürgern den Glauben erwecken, daß augenblickliche Eindrücke auf die Gerichtsprüche Einfluß haben, daß es mehr auf eine rednerische Einkleidung, als auf die Gerechtigkeit einer Sache ankomme! Wie oft wird alsdann das Recht wegen einer augenblicklichen Ueberredung gebeugt! Schädlicher als eine Beugung aus niedriger Absicht. Diese kann doch nur ihr Unwesen mit Gefahr und im Verborgenen treiben, hier wird die Bestechung öffentlich, vor den Augen des Publikums und unter dem Schutz der Gesetze verübt; jene findet nur bei elenden Menschen statt, gegen welche sich der Staat durch gute Auswahl

schützen kann, mit dieser findet man Eingang bei allen Richtern, und am ersten bei jenen, welche sich mehr durch Gefühle hinreißen lassen, daher oft gegen den kalten Vernünftigen glänzen; jene hat eine große Responsabilität in ihren Folgen, diese ist von aller Verantwortlichkeit entbunden.

Man sagt vielleicht, „Richter und Anwälte werden sich gegenseitig erziehen, der Scharfsinn und die Unbefangenheit der ersten in eben dem Maasse zunehmen, in welchem die Beredsamkeit der letzten an Stärke und Eindringlichkeit gewinnt.“ — Allein man bedenkt nicht, daß es mit diesem wechselweisen Erziehen nicht so leicht gehet. Der Anwalt erscheint ganz *vorbereitet*, gewaffnet mit allen Rednerkünsten, um durch den Hinterhalt aller menschlichen Leidenschaften den Richter zu beschleichen, und seinen Verstand zu fesseln. Womit will sich der Richter vorbereiten, sich waffnen gegen Ueberraschung und Ueberredung? Er wird gesichert, denkt man, weil er *beide Theile* hört. Ja wenn er *nur ihre Gründe* hörte, dann könnte dieses zu einiger Beruhigung dienen; aber er hört sie *als Redner*, im Feuer der Beredsamkeit, die Sache wird ihm vorgelegt mit Schmuck und Glanz, der seine Augen

blendet, und die Erkennung des Wahren erschwert. Schon gehört eine große Uebung dazu, um über die ungeschminkt vorgetragenen Gründe beider Theile in verwickelten Fällen auf der Stelle richtig zu urtheilen, was gehörte dazu, um aus zwei Reden im Feuer des Vortrags sich das wesentliche zu abstrahiren, und so die Gründe beider Theile zur Fällung eines Urtheils aufzufassen? Immer werden wir auf *die Alternative* zurückkommen: werden nach abgehaltenen Reden die Gründe beider Theile ohne rednerische Einkleidung den Richtern durch einen Referenten zur Vorbereitung und Erleichterung ihres Urtheils vorgetragen, so sind diese Reden und öffentliche Verhandlungen *unnütz*, und die Zeit, welche das Gericht auf ihre Anhörung verwendete, ist verloren: werden die Gründe den Richtern nicht zur kalten Beurtheilung in ihrer Einfachheit vorgelegt, so sind unter *hundert* Richtern *nicht zehn* fähig, aus den Reden der Anwälte die Gründe aufzufassen, und die Sache so genau zu durchschauen, als es die Beurtheilung einer Rechtssache fordert. Was wird dann aus der Justiz?

„Gewinnt aber nicht das Publikum an *Sicherheit*, wenn seine Anwesenheit des Richters Aufmerksamkeit unterhält und schärft, wenn

es ihn bewacht, denn wer wollte vor den Augen so vieler ungerecht sprechen? — Der Gewinn wird sehr klein erscheinen, wenn man ihm die Gefahren zur Seite stellt, die mit der Oeffentlichkeit verbunden sind. Die größte Gefahr der feinen rednerischen Bestechung habe ich schon angeführt; ich kann mir aber noch andere Fälle denken, wo jener Gewinn sicher verschwindet. Es erscheinen z. B. die mächtigen Verwandte einer Parthei im Gerichtssaal, und stellen sich den Richtern als eben so viele Motive unter die Augen, um für ihren Verwandten zu sprechen? — Oder das Publikum — man kennt ja das *vielköpfige* Ding! — interessirt sich für eine Parthei, und giebt den Richtern seinen Antheil deutlich zu erkennen: sollen etwa gar die Urtheile per acclamationem populi entstehen, und auf die Justitz der Glaube an die vox populi, vox Dei, wie weiland auf Wahlen einwirken? Ueberhaupt sieht es mit der Justitz schlecht aus, wenn das Palladium der Gerechtigkeit in *jenem* Publikum bestehen soll, das sich, wenn der erste Reiz der Neuheit vorüber ist, in den Gerichtsstuben einfinden wird, und bei grösserer Frequenz bürgerlicher Streitsachen ohne Schaden seines Gewerbes beinahe ausschliessend einfinden kann. Wen nicht der *hohe Ruf der Pflicht* von un-

gerechten Urtheilen abhält, den wird auch ein *solches* Publikum, und wäre es sogar besserer Art, von ungerechten Handlungen nicht abschrecken.

Wie man nach diesen Bemerkungen noch sagen kann, „in allen Staaten, aus welchen die gerichtliche Beredsamkeit verbannt ist, sey das *Vertrauen in die Moralität der Gerichtshöfe* schwach und schwankend,“ begreife ich nicht. Wird die öffentliche Meinung nicht durch Vorurtheile geleitet, so muß das Vertrauen bei der Oeffentlichkeit der Verhandlungen und bei dem Einflusse der Beredsamkeit offenbar schwächer werden; und haben Vorurtheile darauf Einfluß, so wird sie hievon durch Oeffentlichkeit der Verhandlungen gleichfalls nicht geheilt. Sind die Gesetze gut und verständlich dem Publikum, ist die Gerichtsordnung glücklich berechnet auf Vertheidigung mit Verbannung aller Aufzüglichkeiten, müssen die Gerichte allen Urtheilen die Entscheidungsgründe anhängen, b) werden sie mit genauer Auswahl be-

b) Eine treffliche Verordnung in *Baiern* verband schon früher die Gerichte, mit *Ausnahme* des obersten Appellationsgerichtes, die Entscheidungsgründe ihren Urtheilen anzuhängen.

setzt, hält die Regierung über sie eine stete Aufsicht, werden Vergehen der Richter scharf geahndet, dann ruhet das Vertrauen in die Gerichte auf einer festeren Basis, als wenn man dasselbe auf die schwankende Publizität der bürgerlichen Verhandlungen gründen will.

„Dass die *Sachwalter* Bedenken tragen werden, sich mit einer Sache zu befassen, die sie nicht mit Erfolg verhandeln können,“ ist eine täuschende Hofnung. Was fragt ein Anwalt darnach, der *de pane lucrando* arbeitet, ob seine Parthei den Prozess gewinnt oder verliert: hat doch er sein Deservit gewonnen! Ueberdies gewöhnt sich der zukunftsichtige Advokat sehr bald daran, dass von zwei Partheien eine den Prozess *verspielen* c) muss. Manchen reizt gar die Eitelkeit, eine verdorbene Sache

Das organische Edikt über die Gerichtsverfassung vom 24. Julius 1808. hat bei allen *Definitivurtheilen* auch diese Ausnahme mit Weisheit aufgehoben.

- c) Ein treffliches Wort, womit man das Unterliegen im Prozesse bezeichnet, vermuthlich schreibt es sich aus den Zeiten her, wo die Richter das Urtheil *finden* mussten, und bei einer schlechten Gesetzverfassung auch nur *finden* konnten.

durch Rednerkünste zu drehen, er kann sich am Ende damit trösten, daß er eine schlimme Sache sehr gut vertheidiget habe, und oft wird ihm als Redner Beifall zu Theil, wo er als Chikanenmacher im schriftlichen Verfahren zur Strafe gezogen worden wäre.

Auch die „*Sittlichkeit*“ zieht man in das Spiel, welche bei öffentlichen Verhandlungen gewinnen soll. Weil nämlich der Buchstaben nicht erröthet, so soll es in Staaten, woraus die gerichtliche Beredsamkeit entfernt ist, eine Menge von Prozessen geben, die man in Staaten, worin sie eingeführt ist, nicht kennt. Die schmutzigen Ehescheidungsprozesse werden als Beispiel angeführt.“ — Im Ernst? Gibt es nach dem französischen Civilgesetzbuche keine Ehescheidungsprozesse? Schmutzig wird der gebildete Sachwalter in solchen Angelegenheiten auch nicht schriftlich vor Gericht werden, aber die Sache muß er, wie sie nun einmal ist, schriftlich oder mündlich oder öffentlich vorbringen. Da verliert die Moralität sichtbar durch die Oeffentlichkeit solcher Verhandlungen, wovon uns die gedruckten Akten in Sache des Jesuiten Girard wegen seinem Umgang mit der Demoiselle Cadier ein Denkmal liefern, das als Gegenstück von Paters San-

chez Traktat de matrimonio an Obscönitäten gelten kann,

„Der *Advokatenstand* soll dabei gewinnen; da er hierdurch aus seiner bisherigen Zweideutigkeit tritt, und die Oeffentlichkeit einem Manne, der als Advokat Einsichten und Beredsamkeit zeigt, den Weg zu den ersten Staatsämtern bahnt.“ — Hätten Demosthenes und Cicero nur in Privatangelegenheiten den rednerischen Advokaten gespielt, so würden sie aus Mangel am Interesse des Stoffs schon von ihren Zeitgenossen gering geachtet, vielleicht gar vergessen worden seyn. Ueberdies entscheidet heutzutag das *Genie* sehr wenig, alles kommt auf *Verbindungen* an; ein heimtückischer Mensch kann noch heutzutag den Mann von öffentlich anerkanntem Werthe verdrängen; haben doch selbst einem Cicero elende Clodier, deren Geschlecht einen Nero erzeugte, sein Haus und seine Güter zerstört, ohne daß Ciceros treffliche Rede pro domo sua mehr, als einen fruchtlosen Beschluß des Senats, erwirkte!

„Daß die öffentlichen Gerichte eine *alte Einrichtung* seyen, will ich nicht läugnen. Aber wer wird denn heutzutag von alten Ein-

richtungen sprechen? Selbst Teutschland kannte diese alte Einrichtung, und sie war passend für die alten Verhältnisse, wo die Gesetze in Gewohnheiten bestanden, und das Publikum gleichsam in jedem Falle als Zeuge des Gewohnheitsrechts galt: passend auf die Zeiten, wo der Verkehr beschränkt, die Zahl der Rechtshändler gering, und wo es möglich war, den Moment zu erwarten, wo der Graf oder gar der Kaiser zu Gericht saß: passend auf Zeiten, wo die *Regierung* die Kunst zu regieren nicht verstand, und das *Volk* sich selbst regieren, das Volk die Controle der Regierung und den Mangel zweckmässiger Einrichtungen ersetzen mußte: passend auf die Zeiten, wo die Kenntniss der Gesetze kein Studium forderte, wo das Schreiben nur wenige verstanden, und die Volksmenge das Archiv repräsentiren mußte, in welches man heutzutage die Streitakten hinterlegt; wohl konnten auch die Gottesurtheile, Orda-
lien, womit man die Justiz brandmarkte, nur vor der Volksmenge producirt werden, in friedlicher Kammer konnte sich niemand auf Leben und Tod in schauerlicher Turnierform schlagen, und eine große Volksmenge begünstigte die Täuschung, womit das Mönchthum in den Feuer- und Wasserproben die Nation blendete, und das Recht zu beugen geheime Künste be-

safs; aber sobald die Gesetz- und Gerichtsverfassung besser wurden, sobald die Ordnung wiederkehrte, eben sobald schwanden auch die öffentlichen Gerichte, und Deutschlands Wiedergeburt beginnt mit Verlegung der Gerichte in ruhige Kammern, wo nichts die Stille der heiligen Gerichtsstätte, nichts die kalte Ueberlegung der Richter, nichts den Sieg der Wahrheit stöhrt.

So gefährlich ist es, wenn man in wichtigen Angelegenheiten aus Nebenrücksichten handelt, oder Reformen nach zufälligen, meist scheinbaren Vortheilen berechnet! Der Werth der gerichtlichen Beredsamkeit darf nicht eher in Anschlag gebracht werden, bis entschieden ist, daß die Justizverwaltung ihrer bedarf: selbst öffentlich könnte die Justizverwaltung seyn, ohne eben mit einer gerichtlichen Beredsamkeit in Verbindung zu stehen; dieß war sie in Teutschland, so lange das öffentliche Verhör der Partheien statt fand, und die Urtheiler den Rechtsspruch suchten. Auch darf man sich von dem Wort „*Oeffentlich*“ nicht blenden lassen; von dem Worte, das so angenehm klingt. Man setzt dem *Oeffentlichen* das *Geheime* entgegen, und erblickt eine Reihe empörender Gegensätze; stille, ruhige Kammern

zur ruhigen und gründlichen Ueberlegung der Rechtssachen erscheinen dann als verschlossene Kammern mit dem Geiste alter Vehmgerichte: die Gerechtigkeit scheint dann nur im Verborgenen, nur im Finstern zu hausen, und die Richter scheinen nach Willkühr und unedlen Absichten zu handeln, denn warum handeln sie *nicht öffentlich*? — Alles dieses ist blose Täuschung, ein schädliches Spiel mit dem Worte *Oeffentlichkeit*.

Wohl muß die *Justizverwaltung* den *Charakter der Oeffentlichkeit* an sich tragen, aber dieser Charakter besteht *nicht in Oeffentlichkeit der Verhandlungen*, sondern, *darin*, daß die Gerichte mit beständigen Mitgliedern aus einsichtsvollen, geübten und redlichen Männern in strenger Auswahl besetzt, und diese Mitglieder dem Volke bekannt gemacht werden: daß die Gerichte durch Subordination der Instanzen in allen ihren Handlungen controlirt sind: daß sie ihren Urtheilen die Entscheidungsgründe beifügen müssen: daß die Regierung auf die Justizverwaltung ihre Oberaufsicht ausübt: daß endlich ein Cassationstribunal für das Interesse des Gesetzes wacht!

Dafs in *peinlichen Fällen* nur jenes Verfahren auf *Rechtlichkeit* Anspruch machen kann, welches mit *Publicität der Untersuchung* verbunden ist, davon bin ich ganz überzeugt *), wie es auch schon vorlängst ein Johannes von Müller d) seinen teutschen Brüdern,

*) Diese Meinung nehme ich hiermit feierlich zurück, seitdem ich den Gang der französischen Criminaluntersuchungen und die Urtheile der Geschwornengerichten näher kennen lernte. Selbst in den deutschen Provinzen des linken Rheinufers fängt man an, den Wunsch laut werden zu lassen, dafs die öffentlichen und Geschwornengerichte, damit sie nicht durch ihre Frequenz den Bürgern, die sich als Geschworne müssen brauchen lassen, allzuläftig fallen, und am Ende doch an ihrem Ansehen und allgemeinen Interesse verlihren, auf die schwereren Verbrechen beschränkt werden mögen. Gute Auswahl der Richter, Trennung des Untersuchungsrichters vom Entscheidungsrichter, Zulassung der Defension und Verstattung eines Rechtsmittels gegen Erkenntnisse in Kriminalsachen schützen, garantiren die persönliche Sicherheit der Angeklagten und eine gute Rechtspflege mehr, als alle anderen, äusserlich blendenden, fremde oder veraltete Institute.

d) Ich werde, sobald ich das Prinzip des Criminalrechts festgesetzt habe, diesen Gegen-

wiewohl bisher vergebens, gesagt hat. Hier ruhet aber die Nothwendigkeit dieser Publicität in der Eigenschaft einer *allgemeinen Angelegenheit*, welche diese *Criminalfälle* an sich tragen e), und welche schon der *Römer* mit seinen *publicis judiciis* treffend bezeichnete; hievon muß eine Grundreform des peinlichen Prozesses ausgehen, soll er nicht ein elendes und zweckwidriges Machwerk bleiben. Aber *bürgerliche Rechtshändel* tragen eine andere Eigenschaft an sich, welche sie der Oeffentlichkeit ihrer Verhandlung entziehet, und auf den Kreis der *Verhandlung unter den Betheiligten* einschränket.

Sie betreffen das *Mein und Dein unter Privaten*, ihr Gegenstand war in der Entstehung

stand, welcher aus jenem hervorgehet, ausführlich erörtern.

e) Freilich ist dieser Charakter erst dann sichtbar, wenn das Criminal von allem Polizeilichen gereinigt ist. So lange unsere Gesetzbücher dieses vermischen, und z. B. den *Uhsinn* einer vierzehntägigen *Zuchthausstrafe* in sich fassen, ist an eine gründliche Reform nicht zu denken!

hung veräusserlich und bleibt es auch bei der gerichtlichen Verhandlung: die Partheien können ihr gekränktes Recht bei höhern Gerichten verfolgen: die Partheien können durch Vergleiche den ganzen Streit endigen, oder sich mit einem auch ungerechten Spruche beruhigen: ausser Ihnen gehet alles dieses Niemand an; jeder muß für sich sorgen, wenn er einen Prozeß hat. *Privatsache* in ihrer Entstehung, *Privatsache* in ihrer Tendenz bei der gerichtlichen Verfolgung, können auf keine Weise und unter keinem Vorwand zur *allgemeinen Angelegenheit* erhoben werden.

In der *Natur bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten* liegt also der entscheidende Grund gegen die Publicität des bürgerlichen Verfahrens, der Grund, welcher auch durch viele Rücksichten des bürgerlichen Lebens unterstützt wird. Wie leicht werfen Prozesse ein nachtheiliges Licht auf jenen, der in einen Streit oft wider seinen Willen verflochten wird; wer kann mit Recht die Handlungen des Bürgers, worin er nur seinem Gegner im Privatverhältnisse verbunden ist, an das Tageslicht der Offenkündigkeit ziehen? Wie viele Streitigkeiten unter Ehegatten, in den Familien u. dgl. for-

Lüpfen
 dern durchaus einen heiligen Schleier des Gerichtsgeheimnisses, den man nicht ohne gemeinschädliche Folgen lüpfen und jedem profanen Auge zum Durchschauen öffnen dürfte: wie leicht kann der Kredit des Kaufmanns durch Publicität seiner Privatsachen zerstört werden?

Auch sind viele Fälle des bürgerlichen Lebens zu einer Publicität im Verfahren gar nicht geeignet. Alle provisorische Verfügungen, welche auf Abwendung einer augenblicklichen Gefahr zielen, gehören unstreitig in diese Classe. Eben so verhält es sich mit vielen Handlungen, welche im gerichtlichen Laufe vorkommen; und auch hieran läßt sich erkennen, daß eine Form, welche nicht auf alle Fälle des bürgerlichen Prozesses paßt, auch der Natur bürgerlicher Streitsachen, die doch überall gleich wirken muß, nicht angemessen sey.

Hierin spricht sich auch die wesentliche Verschiedenheit *peinlicher* Fälle von den *bürgerlichen* am deutlichsten aus. Jene sind ihrer Natur nach *allgemeine Angelegenheiten*, jene belegen den Bürger mit einer Responsabilität gegen die Gesammtheit, die sein Ver-

brechen angriff, jene entrücken die Handlung des Bürgers dem engern Kreise des *Privatverhältnisses* zwischen dem Berechtigten und Verbundenen, jene bedingen des Richters Thätigkeit nicht durch einen Antrag des Fordernden, jene haben, es gelte der Schuld oder Unschuld, ein Interesse für jeden rechtlichen Bürger, dem entweder ein Unschuldiger von der Seite gerissen, oder ein Schuldiger in den Kreis der Rechtlichen aufgedrungen werden soll; *peinliche* Fälle fordern also allemal eine *Publicität* des Verfahrens — *bürgerliche* Streithändel haben nach allen Beziehungen eine *entgegengesetzte* Natur, ihnen entspricht also *Publicität* des Verfahrens nicht.

Keineswegs sey hierdurch dem Uebermaas *schriftlicher* Verhandlungen das Wort geredet; sie verursachen bei der *ersten* Instanz allemal einen Aufenthalt, und haben zur Folge, daß eine Streitsache, welche an *einem* Gerichtstage unter den Partheien durch mündliche Verhandlungen dem richterlichen Spruche vollkommen vorbereitet werden kann, erst mit vier Schritten, mit vierfachem Kostenaufwand und vierfachem Zeitverlust dieses Ziel erreicht. Man verbanne also aus der *ersten* Instanz in der

Regel, und nur mit Ausnahme weniger leicht zu bestimmenden Fälle f), alles schriftliche Verfahren; nur täusche man sich nicht durch einen Uebersprung in den Gegensätzen. Dem *schriftlichen* Verfahren ist das *mündliche* entgegengesetzt, aber *nicht* das *öffentliche*: man kann das *mündliche* Verfahren zur Regel für die erste Instanz erheben, ohne daß man gezwungen wäre, ein *öffentliches* Verfahren einzuführen, welches der Natur bürgerlicher Rechtshandel zuwider nur *eingebildete Vortheile* gewährt, *gewisse und grofse Nachtheile* erzeugt.

Bedürfen wir einer Anzahl von Rednern in der Nation, so muß in der Erziehung dafür gesorgt werden, aber die Justizverwaltung darf man darum nicht zu einem Mittel herabwürdigen, die Beredsamkeit zu wecken oder zu befördern. Ohnehin sind bürgerliche Rechtssachen im Ganzen viel zu steril, als daß sie mit ächter Beredsamkeit behandelt werden könnten. Sie nehmen bloß den Verstand, und bloß auf eine Art von Urtheil in Anspruch:

f) Worunter insbesondere Rechnungssachen und Prozesse gehören, welche eine mühsame Zusammenstellung aus vielen Urkunden fordern.

bei bürgerl. Rechtsstreitigkeiten etc. 929

und wer Erfahrung in Rechtsgeschäften sammelte, der wird aufrichtig gestehen, daß man viele Geistesanlagen besitzen und viele Mühe anwenden muß, um Rechtssachen, selbst von ausgezeichneter Art, mit Geschmack und genießbar dem Nichtjuristen zu bearbeiten.

Cicero hat nicht für Privatrechtssachen, nicht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, sondern für *Staats-* und *Criminalsachen* gesprochen, da hat er sein Rednertalent in ganzer GröÙe gezeigt.

bei bürgerl. Höchststellungen etc. geg.

Größe gezeigt, da hat er sein Hochtalent in ganz
dem für Staats- und Criminalsachen gespro-
chen. Für bürgerliche Rechtsangelegenheiten, son-
derlich hat nicht für Privatrechnungen,
die jetzt und da noch vorkommen, ist er
nicht der Mann. Ich habe ihn zu den besten
Ansprüchlichen der Art, mit Geschmack und ge-
nuwendem Muth, im Rechtsachen, selbst von
vielen Umständen besetzen und viele Mühe
machen, der wird richtig gestehen, daß man
und wer Erfahrungen im Rechtsgeschäften samm-



Gönner, Nikolaus Thaddäus, 1764-1827

Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen
Rechtssachen

Bd.: 2,3

Erlangen 1817

J.pract. 92-2,3

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554118-1